DER VERMÖGENSBEGRIFF IM PRIVAT- UND STRAFRECHT

Inaugural-Dissertation

DER

juristischen Fakultät

DER

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

VORGELEGT VON

Heinrich Brauweiler

aus M. Gladbach.

ACAD. LAND-BAU BIBL.

Approbiert am 28. Februar 1910.

Lüttich

KUNST UND GEWERBE INDUSTRIE-GESELLSCHAFT

—

1910

Referent: Univ.-Professor Dr. Binder.

Vorwort

Anlass zu der vorliegenden Arbeit wurde eine Studie über das strafrechtliche Tatbestandsmerkmal des „ rechtswidrigen Vermögensvorsteils " (StGB §§ 253, 263). Während der Begriff „ rechtswidrig " in seiner allgemeinen Bedeutung für das Rechtsleben wie auch speziell in dem genannten Zusammenhange Gegenstand zahlreicher Untersuchungen geworden ist, wird der Begriff des „ Vermögensvorteils " besonderer Prüfung durchweg nicht gewürdigt. Aber genügt es, ihn als „ geldwerten Vorteil " zu charakterisieren oder eine Aufzählung der Dinge zu geben, deren Erwerb in Doktrin und Judikatur als Erlangung eines „ Vermögensvorteils " anerkannt wird? Erscheint es nicht geboten oder doch wenigstens förderlich, den Begriff des „ Vermögensvorteils " im juristischen Sinne in Beziehung zu setzen zu dem des Vermögens im juristischen Sinne? Dass dies so wenig geschehen ist, erklärt sich wohl zum Teil auch aus der Tatsache, dass wissenschaftlich gefestigtes Einvernehmen über den juristischen Vermögensbegriff heute noch nicht besteht. Wollte ich die eingangs genannte Frage beantworten, so durfte ich einer Auseinandersetzung und Untersuchung über den juristischen Vermögensbegriff nicht aus dem Wege gehen.

Einleitung

Der Vermögensbegriff gehört zu den Rechtsbegriffen, mit denen fast alle Einzeldisziplinen der Rechtswissenschaft sich mehr oder minder eingehend zu beschäftigen haben. Von erheblichster Bedeutung ist er im Privatrecht, vor allem in dem sog. Vermögensrecht, daneben auch im Familienrecht und Erbrecht. Als Schutzobjekt tritt uns das Vermögen entgegen im Schadenersatzrecht, Versicherungsrecht und Strafrecht (Recht der Vermögensdelikte). Für das Prozessrecht ist zu erinnern an das Recht der Zwangsvollstreckung (CPO), des Konkurses (KO) und der Vermögensbeschlagnahme (StPO). Das öffentliche Recht verwendet den Vermögensbegriff auch noch an zahlreichen anderen Orten; erinnert sei nur an das staatliche, kommunale und kirchliche Vermögensrecht und an das Steuerrecht.

Besitzt sonach der Vermögensbegriff für die gesamte Rechtsordnung eine erhebliche Bedeutung, so möchte man auf den ersten Blick die Notwendigkeit einer zusammenfassenden Darstellung des Vermögensbegriffs unter Berücksichtigung aller Einzeldisziplinen, in denen er verwendet wird, annehmen. Es ist indes zu beachten, dass für die meisten Einzelgebiete — besonders des öffentlichen Rechts — die Bestimmung des massgebenden Vermögensbegriffs keine Schwierigkeiten bietet. Hier gibt der Wortlaut des Gesetzes eine so klare und erschöpfende Ausdeutung des Begriffs, dass die Entscheidung wohl nie zweifelhaft sein kann. Schwierigkeiten bietet die Bestimmung des Vermögensbegriffs eigentlich nur für das Privatrecht und das Strafrecht. Was das Prozessrecht anlangt, so ent-

nimmt dieses seinen Vermögensbegriff dem Privatrecht. (1) *Infolgedessen erübrigt sich eine gesonderte Betrachtung des prozessrechtlichen Vermögensbegriffs. Eingehendere Untersuchungen des Vermögensbegriffs finden sich darum nur in der privatrechtlichen und strafrechtlichen Doktrin. Die Schwierigkeiten sind aber auch hier mehr theoretischer Natur. Die bekannte Streitfrage z. B., ob die Schulden zum Vermögen gehören oder nicht, dürfte wohl nie einem Richter bei der Entscheidung eines Rechtsfalles ein Bedenken hervorgerufen haben. Damit fehlte der wichtigste Anlass, die Frage nach dem juristischen Vermögensbegriff eingehender zu erörtern, es fehlte die gebieterische Forderung der Praxis. Tatsächlich hat die Lehre vom Vermögen in der Rechtswissenschaft bisher nicht die Beachtung gefunden, die sie verdient.* (2) *Was Birkmeyer 1879 im Vorwort zu seiner Schrift über das Vermögen konstatierte, „ dass es über dies Thema bis jetzt gänzlich an erschöpfenden Untersuchungen fehle ", trifft heute noch ebenso zu. Insbesondere kann auch die genannte Arbeit Birkmeyer's nicht als „ erschöpfende Untersuchung " angesehen werden.* (3)

Im Folgenden soll nun der Versuch unternommen werden, gegründet auf einige grundsätzliche Erwägungen, die wenigstens teilweise wohl als neu angesprochen werden dürfen, den juristischen Vermögensbegriff der Klärung entgegenzuführen.

---

(1) Seuffert in „ Systematische Rechtswissenschaft " S. 187: „ Was zum Vermögen des Schuldners gehört, ergibt sich aus dem bürgerlichen Recht. "

(2) So urteilt Bekker, Pandekten I S. 134.

(3) Bekker urteilt a.a.O.: „ Eine einzige Monographie, und bei ihr hat der Verfasser der Verwertung des mit Fleiss gesammelten Materials so kurze Ziele gesteckt, dass die Lücke nicht aufgedeckt, geschweige gefüllt ist. "

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543501_0094

Vorbereitender Teil

I. Die privatrechtliche Doktrin.

1. Birkmeyer über den Vermögensbegriff.

Die wichtigste und umfassendste Darstellung der gemeinrechtlichen Wissenschaft über die Lehre vom Vermögensbegriff ist *Birkmeyer's* Monographie „ *Ueber das Vermögen im juristischen Sinne.* " Bedeutsam nicht sowohl dadurch, dass in ihr eine abschliessende Klarstellung oder auch nur eine wesentliche Förderung des behandelten Problems enthalten sei, als vielmehr durch die erschöpfende Zusammenfassung und klare Herausstellung der Lehrmeinungen, welche die gemeinrechtliche Wissenschaft über den Vermögensbegriff entwickelt hat. Ueber diese hinausgekommen ist Birkmeyer nicht. Von bleibendem Werte ist seine Schrift vornehmlich wegen des reichen Quellenmaterials, das in ihr gesammelt ist. Die ältere Doktrin ist vollständig aufgeführt und verarbeitet, so dass ein weiteres Zurückgehen auf die Pandektenliteratur nicht notwendig erscheint.

Bei ihrem Erscheinen hat die Schrift Birkmeyer's in der deutschen Juristenwelt ziemliches Aufsehen erregt, sie wurde viel besprochen und kritisiert, letzteres durchaus zu Recht. Dagegen ist sie nicht Veranlassung zu weiteren Untersuchungen geworden, was auch nicht verwunderlich erscheint angesichts der Tatsache, dass sie im

wesentlichen vollständig auf dem Boden der herrschenden Lehre stand. Auch die Wissenschaft des neuen Privatrechts hat eine grössere Arbeit über den Vermögensbegriff nicht hervorgebracht. (1) Die gemeinrechtliche Lehre ist ziemlich unverändert in das neue Recht und die Wissenschaft desselben übergegangen und einer Nachprüfung bezüglich ihrer theoretischen Grundlegung nicht unterzogen worden. So ist Birkmeyer's Werk heute noch als grundlegende Untersuchung anzusehen und beansprucht infolgedessen eine eingehendere Behandlung.

Birkmeyer will feststellen: „ Den Begriff des Vermögens nach römischemund damit heutigem gemeinen Recht " (1). Er knüpft seine Untersuchung an die „ bona " als treffendsten Ausdruck der Quellen für unser „ Vermögen " und prüft zunächst die Frage, ob die Römer bona im Sinn unsres „ Vermögen " als eigenes Rechtsding von den bona im Sinne unsrer „ Güter " unterschieden haben. Denn, meint er, würden die bona nur auftreten bald als einzelne Vermögensrechte, bald als Quantitäten solcher Vermögensrechte, so erübrige sich die Betrachtung des Vermögensbegriffs; für die Summen solcher bona könnten nämlich hinsichtlich ihrer rechtlichen Eigenschaften und Schicksale keine wesentlich anderen Grundsätze gelten als hinsichtlich der einzelnen Vermögensrechte, da die Summe nichts qualitativ von ihren einzelnen Posten Verschiedenes sei. Anders aber sei es, wenn gewisse Komplexe solcher bona als Komplexe ein eigenes von dem ihrer Bestandteile unterschiedenes, einheitliches, rechtliches Schicksal haben, dann „ hätten wir damit ein neues Rechtsding vor uns, ein selbständiges Rechtsobjekt und damit auch einen selbständigen Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchung " (27 f.). (2) Die herrschende Meinung ging nun dahin, dass „ diese Eigenschaft, ein

---

(1) Die Untersuchung von BEROLZHEIMER über „ *Das Vermögen*" ist rechtsphilosophischer Natur und bringt für das materielle Recht nichts Neues.

(2) Dieser Auffassung kann ich nicht ganz beitreten. Jeder Rechtsbegriff erfordert besondere Untersuchung und Ausdeutung. Gesetzt das Vermögen sei in keinem Falle als besonderes Rechtsobjekt anzuerkennen, ist nicht unter allen Umständen der Umkreis der in der Vermögenssumme umschlossenen Einzeldinge der Feststellung bedürftig? Ueber den Umfang der Vermögensobjekte besteht bis heute in der Doktrin noch keineswegs Einverständnis.

von seinen einzelnen Bestandteilen sowohl wie von der Summe derselben verschiedenes Ganze zu sein " (28), den bona nicht immer zukomme, sondern nur in bestimmten Fällen, vornehmlich bei der Universalsuccession. Handle es sich dagegen um Rechtsgeschäfte über das Vermögen eines Lebenden, so sei das Vermögen für die Rechtsordnung blos eine Summe, nicht eine Einheit. So lange man lebe und Vermögen habe, habe man dasselbe nicht als universitas, sondern blos in seinen einzelnen Bestandteilen (29). Demgegenüber leugnete *Brinz* die Einheit des Vermögens auch bei der Universalsuccession, denn es müsse das Vermögen so wie es beim Vermögensinhaber selbst sich befand und könne nicht anders auf den übergehen, der an seine Stelle trete (35); Vermögen sei nichts als eine Kollektivbezeichnung für alle einzelnen Vermögensrechte Jemandes zusammengenommen, Vermögen sei blos ein Komplex, keine Einheit (31). Den Obersatz Brinz', dass das Vermögen nur so übergehn könne, wie es beim Vermögensinhaber sich befand, erkennt Birkmeyer als richtig an, um dann aber gerade umgekehrt zu schliessen: das Vermögen sei überall, wo es im Rechtsleben auftrete, zugleich die Vielheit und die Einheit seiner Bestandteile. Als solche habe es der jeweilige Vermögensinhaber, als solche bilde es den Gegenstand nicht nur der Universalsuccession, sondern aller Rechtsgeschäfte, sofern diese überhaupt das Vermögen und nicht einzelne Rechte von vornherein betreffen (35).

Die universitas des Vermögens wird von Birkmeyer näher bestimmt als universitas iuris. Universitates iuris nennt er diejenigen Einheiten, welche von der Rechtsordnung selbst zu ihren eigenen Rechtszwecken geschaffen werden, deren Bestandteile darum nur Dinge sein können, die rechtliche Natur haben und die in innerer rechtlicher Verbindung stehen. Als Bestandteile der universitates iuris sind so nur möglich Rechte, „ es ergibt sich aus der Eigenschaft des Vermögens als einer universitas iuris von selbst auch ihre Eigenschaft als universitas iurium " (115). Da das Vermögen eine Einheit ist, so gilt weiter für dasselbe wie für jede Einheit der Satz, „ dass die Einheit als solche die nämliche bleibt, wie immer ihre Bestandteile sich verändern, vermindern oder vermehren mögen,

dass demnach die an der ursprünglichen Einheit begründeten Rechte fortdauern, wie immer die Einheit in Laufe der Zeit innerlich anders geworden sein mag " (115). „ Das ist eines der Charakteristika der universitas, dass sie als etwas von ihren Bestandteilen Verschiedenes auch abhängig ist von dem Wechsel dieser Bestandteile " (41). Den bekannten Satz: pretium succedit in locum rei et res in locum pretii erklärt Birkmeyer als „ eine der Anwendungen besagter Selbstentwicklungskraft der universitas auf die Vermögenseinheit " (116).

Der universitas iuris stellt Birkmeyer entgegen die universitas facti; sie werde geschaffen von der Vorstellung des täglichen Lebens, die zur Einheit zusammenfasse, „ was nach der natürlichen und sinnlichen Auffassung zur Einheit selber sich zusammenfügt. Es werden fast durchgängig Stücke der körperlichen Erscheinungswelt sein, welche die Bestandteile der universitas facti bilden, und es wird irgend ein rein faktisches Motiv sein, was aus diesen Stücken eine Einheit hervorbringt " (113). Als solche universitates facti oder universitates rerum werden genannt die Herde, die Bibliothek, das Haus (universitas aedium), vor allem das Vermögen im natürlichen Sinne, die „ Einheit von Gütern, von Werten " (108), die „ rein faktische Herrschaft und Macht über Mittel der ökonomischen Bedürfnisbefriedigung " (106).

Bestandteile des juristischen Vermögens sind nach Birkmeyer: „ nur Rechte, nicht rein faktische Verhältnisse und Beziehungen " (114), also nicht Firma und Kundschaft, nicht der blosse Besitz: „ Die gestohlene oder geraubte Sache gehört zwar ins faktische aber nie ins juristische Vermögen des fur. Juristisch gehört das Entwendete vielmehr nach wie vor dem Eigentümer, dessen bona im Rechtssinn durch das furtum so wenig vermindert wie die des fur vermehrt sind " (N. 343 zu 106). Das Vermögen setzt sich aus Rechten zusammen: welche Rechte kommen hier in Betracht, aus welchen Einzelrechten als Posten wird die Vermögenssumme gebildet? Damit etwas Vermögensbestandteil sei, muss es nach Birkmeyer zwei Bedingungen erfüllen: „ Soll etwas zum Vermögen gehören, so muss es einerseits ein Recht sein, ein rechtliches Zugehören, und anderseits

ein Wert — und zwar, sowie nur einmal die allererste Periode der reinen Naturalwirtschaft überwunden ist, sobald einmal die ökonomische Bedürfnisbefriedigung auch und vorzugsweise auf dem Wege des Verkehrs mit andern zu suchen ist, — Verkehrswert d. h. Tauschwert besitzen " (143 f., cf. 299). Als solche „ Vermögensrechte " findet Birkmeyer in den Quellen genannt: Eigentum, Forderungen, ususfructus, bonæ fidei possessio, superficies und emphyteusis. Weil nicht selbständige Verkehrsobjekte, gehören nicht zum Vermögen die Prädialservituten, die Personalservituten ausser dem ususfructus und das Pfandrecht. Dass die Quellen neben den „ iura " auch „ res, corpora " als Vermögensbestandteile nennen, erklärt Birkmeyer mit der „ bekannten Verwechslung des Eigentumsrechts mit seinem Gegenstand " (155, cf. 23 f. 292), welche die römischen Juristen sich so oft hätten zu Schulden kommen lassen, und die sie später ausdehnten „ auch auf diejenigen neu hinzugekommenen dinglichen Rechte, welche dem Berechtigten eine dem Eigentum völlig gleichkommende Herrschaft über den Gegenstand seines Rechtes zu verleihen schienen: auf bonæ fidei possessio, superficies und emphyteusis "(156).

Nur Rechte sind Vermögensbestandteile — damit trat Birkmeyer in scharfen Gegensatz zu der herrschenden Lehre, der zufolge auch die Schulden zum Vermögen gehören. Nicht Bestandteile, sondern eine Last des Vermögens sind die Schulden: das ist die nachdrücklichst verfochtene These Birkmeyers (183, 200, 248, 278, 335 ff.) Den Nachweis dieses Satzes betrachtet er selbst als den wichtigsten Teil und das wichtigste Resultat seiner Untersuchungen (14). Die Lehrmeinung, dass das juristische Vermögen einmal aufzufassen sei als Inbegriff der Rechte, an anderen Stellen aber als Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten, lehnt Birkmeyer als „ unmöglich " ab. „ Es kann zwar in der Geschichte eines Rechtes der Vermögensbegriff allmählich ein anderer geworden sein, aber es können nicht in dem Rechte Einer Zeit, es können nicht im Munde gleichzeitiger oder gar derselben Juristen des nämlichen Volkes zwei völlig entgegengesetzte juristische Begriffe von Vermögen existieren " (167).

Zum Schlusse betrachtet Birkmeyer „ die verschiedenen Seiten des Vermögens im Rechtssinn " (290—339). Er unterscheidet zunächst

ein Vermögen im rein juristischen Sinn: Rechtseinheit, Gesamtheit von Rechten, universitas iurium — und ein Vermögen im juristisch-ökonomischen Sinn. „ Die Vermögensrechte müssen zugleich ökonomische Werte darstellen, Vermögenswerte sein... Das Vermögen von dieser Seite her betrachtet ist eine Werteinheit. Wir nennen aber das Vermögen, sofern wir es uns als aus Werten zusammengesetzt denken, das Vermögen im juristisch-ökonomischen Sinn. Es ist nicht das Vermögen im blos ökonomischen Sinn; denn die Werte, aus denen es sich zusammensetzt, müssen durch Rechte zugeführt, müssen, können wir sagen, zugleich selber Rechte sein. Es ist auch nicht das Vermögen im rein juristischen Sinn, bei dessen Betrachtung die Werteigenschaft der Rechte ignoriert wird. Es ist das Vermögen als Inbegriff von ökonomische Werte repräsentierenden Rechten " (294 f.)

2. Kritische Bemerkungen zur Lehre Birkmeyers.

Die Aufstellungen Birkmeyers erfuhren, soweit sie zu der herrschenden Lehre in Widerspruch traten, scharfe Kritik. Dagegen erhob sich keine Stimme zur Kritik der im Einklang mit der herrschenden Meinung vorgetragenen Lehren, obwohl gerade die gedrängte Zusammenstellung und konsequente Durchführung der sonst in den Lehr- und Handbüchern des Pandektenrechts nur knapp und an verschiedenen Orten zerstreut behandelten Sätze auf die Schwächen der Deduktion aufmerksam zu machen geeignet war.

Birkmeyer beschränkt — nicht mit ausgesprochener Absicht, aber tatsächlich — sein Untersuchungsgebiet auf die Fälle des Vermögensübergangs. Wollte er den Vermögensbegriff des gemeinen Rechts bestimmen, so war es methodisch erfordert, sämtliche Erscheinungsfälle des Vermögensbegriffs auf dem Gebiete des Privatrechts zu prüfen. Das Vermögen als Schutzobjekt des Schadenersatzrechtes aber wird nur nebenbei — man möchte fast sagen: versehentlich — erwähnt (306 f., N. 686 zu 307, N. 690 zu 309). Des weiteren bleibt die Erscheinung der Sondervermögen fast gänzlich unberücksichtigt.(1)

(1) Cf. Kohler, *Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit* 5.

Gerade eine nähere Betrachtung des Vermögens im Schadenersatzrechte hätte Birkmeyer an der Richtigkeit seiner Lehre Zweifel erwecken müssen. Der Schwierigkeiten, auf die er selbst bei der flüchtigen Betrachtung stösst, ist er sich anscheinend gar nicht bewusst geworden. Er spricht von einer „ Anerkennung des natürlichen Vermögens in seinen einzelnen Bestandteilen, " um die Tatsache des Schutzes des blossen Besitzes zu erklären (106 f.). Was soll damit gesagt sein? Haben diese Bestandteile ihrer selbst wegen juristische Bedeutung, so dass ihre Zugehörigkeit zum natürlichen Vermögen nur zufällig, rechtlich irrelevant ist, oder aber: beruht ihre rechtliche Bedeutung auf dieser Zugehörigkeit? Dem Wortsinne nach möchte man wohl letztere Auffassung als diejenige Birkmeyers ansprechen, aber es soll doch nur ein Vermögensbegriff, und zwar derjenige der universitas iurium, möglich sein. Und ist dies richtig, verlangt dann nicht sofort die weitere Frage Prüfung, ob der blosse Besitz nicht in das juristische Vermögen einzubeziehen sei? Birkmeyer schreibt weiter: „ Raub und Diebstahl sind nicht sowohl Delikte gegen das Vermögen im rein juristichen Sinne, als vielmehr gegen die Werteinheit des Vermögens, können daher auch gegen den begangen werden, der gar kein eigentliches Recht an der gestohlenen Sache hat, aber für sie haftet, cuius periculo res est, so dass ihm mit der Sache doch ein Wert aus seinem Vermögen genommen wird " (306). Wie verträgt sich diese Argumentation mit der These, dass Vermögen als Rechtseinheit und als Werteinheit inhaltlich das Nämliche sind, nur von verschiedenen Seiten her betrachtet, und dass Vermögensbestandteile nur die geldwerten Rechte sind? Nun wird hier etwas entwendet, was kein geldwertes Recht ist, und doch liegt eine Beeinträchtigung des juristischen Vermögens vor? In Wahrheit operiert hier Birkmeyer mit einem ganz anderen, neuen Vermögensbegriff.

Die Hauptthese Birkmeyers, dass die Schulden nicht zum Vermögen gehören, ist anfänglich allseitig abgelehnt worden. (1) Diese Ablehnung ist leicht erklärlich, wenn man bedenkt, dass Birkmeyer den

(1) Cf. Windscheid, *Pandekten* I, 152, N. 3. Beyer, *Surrogation* A. 1 zu 1. Lessing, *Rechtsnachfolge* 75 f. Regelsberger, *Pondekten*, § 95, N. 10. Mandry über Birkmeyer 362. Oertmann, *Volkswirtschaftslehre des corpus iuris civilis* 18.

Satz dahin erweiterte: es könne darum der Eintritt in ein Vermögen nicht ipso iure den gleichzeitigen Eintritt in den Schuldbestand bewirken, die Universalsuccession sei ein Eintritt nur in die Aktiva. Diese Auffassung musste verworfen werden. (1) Und da Birkmeyer in dem „ wahren Wesen der Universalsuccession " den stringentesten Beweis für seinen Vermögensbegriff erkannte, dieser „ stringenteste " Beweis aber völlig versagte, so kann es nicht Wunder nehmen, dass die Kritik in eine weitere Prüfung der Lehre von dem wahren Charakter der Schulden nicht eintrat.

Besonders eingehend behandelte Birkmeyer die Einheitsnatur des Vermögens, ohne aber auch nur mit einer seiner neuen Thesen Anklang gefunden zu haben. Dass das Vermögen immer und überall eine Einheit sei, ist ihm nicht zugegeben worden. Mit vollem Rechte betonte *Pernice* (266) gegenüber Brinz und Birkmeyer, dass die „ Einheit " bei der Universalsuccession dass „ Wie " nicht das „ Was " des Uebergangs betreffe: „ Das Dilemma von Brinz schliesst aber doch wohl nur das verschiedenartige „ Haben " aus und bezieht sich nicht auf die Modalität des Uebergangs. " Wenn Birkmeyer als Fälle der Vermögenseinheit — gleichwertig dem Falle der Universalsuccession — anführt das Recht der Gläubiger an dem Vermögen des Schuldners vor dem Vermögensverfall (36—43, 49) und das Pfandrecht am Vermögen (55 ff.), so gewinnt er seinen Beweis nur durch eine falsche Konstruktion der Obligation. Birkmeyer lehrt: „ Der Gläubiger hat von Anfang an ein eventuelles Recht auf die Vermögenseinheit und damit jetzt schon ein Recht an der Vermögenseinheit " (49, ebenso 43). Dagegen Pernice 253: „ Es ist wohl die (zum Anspruch erstarkte) Aussicht auf Exekutionsobjekte mit dem gegenwärtigen Rechte verwechselt. " Im Zusammenhang damit steht die irrtümliche Auffassung vom Wesen des Generalpfandrechts. (2)

Aus der Natur der Einheit begründet Birkmeyer die Geltung des

---

(1) Cf. Seuffert über Birkmeyer 869 f., Pernice über Birkmeyer 261, auch Binder, *Gegenstand*, A. 73 zu 40 ff.

(2) Cf. Windscheid, *Pandekten* II, § 228.

Satzes pretium succedit in locum rei et res in locum pretii. Da das Vermögen immer und überall eine Einheit ist, muss also auch dieser Satz immer und überall gelten. Das ist aber bekanntlich nicht der Fall. (1) Einen Nachweis hat Birkmeyer nicht versucht. Wenn er verweist auf die Irrelevanz des Wechsels der Vermögensbestandteile für das Recht des Obligationsgläubigers und des Generalpfandgläubigers, so ist zu erwidern, dass als massgebender Zeitpunkt für die Bestimmung der dem Gläubiger haftenden Vermögensmasse nicht der Tag der Obligationsbegründung bezw. Generalpfandrechtbestellung in Betracht kommt, sondern der Tag des Eintritts der aktuellen Haftung. Erst jetzt entsteht ein Recht an der Vermögenseinheit. (2) Birkmeyers Lehre von der Einheitsnatur des Vermögens leidet auch an Unklarheiten. Er betont: „ in dem Inhalt der universitas liegt ihr Wesen beschlossen. Es müssen die bona als Einheit und die bona als Kollektivum vollständig gleiche Zusammensetzung haben, universa bona und omnia bona müssen inhaltlich das Nämliche sein " (126), den Inhalt der universitas bilden die Bestandteile derselben (125). Wie reimt sich damit die so oft und stark hervorgehobene Verschiedenheit des Vermögens von der Summe seiner Bestandteile, also seines Inhalts? Birkmeyer erklärt: „ Das in unum Vertieren... wird sich zeigen darin, dass der Inhalt der Vielheit als etwas von den einzelnen Bestandteilen und deren Summe Verschiedenes gleichheitlich einem einheitlichen Zwecke dienstbar gemacht wird und eben dadurch zur Einheit erhoben worden ist " (103); und in Ausführung dessen entscheidet er: „ Würden die Schulden auf sämtlichen einzelnen Vermögensbestandteilen lasten, wie dann wenn diese nach kontrahierter Schuld wechseln? wenn gewisse Vermögensbestandteile aus der ganzen Masse ausscheiden und andere dafür eintreten? Er hat eben kontrahiert im Hinblick auf das Vermögen als Einheit und nicht als blosse Summe " (41); „ die venditio omnium bonorum wie ihr Vorbild, die publizistische sectio bonorum,

---

(1) Cf. Windscheid, *Pandekten* A. 6 zu I, 152. Kohler, *Vermögen als sachenrechtliche Einheit* 5. Beyer, *Surrogation* 82.

(2) Cf. Zitelmann, *Internat. Privatrecht* II, 367.

übertragen auf den Käufer die bona als Einheit. Nur so erklärt es sich, dass wenn der Schuldner sein Vermögen abgetreten und später nur ein einziges Vermögensstück wieder erworben hat, doch *bona* iterum possunt venumdari. Nur so ferner ist eine Handhabe geboten zu den Entscheidungen, wonach gewisse Gegenstände, die doch ganz unzweifelhaft mit zu den sämtlichen einzelnen Vermögensstücken gehören, vom bonorum emptor nicht mit gekauft sein sollen " (47 und N. 152); ferner: es müsse aus der Vermögenseinheit interpretiert werden, dass bei Bestellung des Generalpfandrechts das künftige Vermögen stets ohne weiteres mitverpfändet sein soll (55); wenn der Schuldner an den Einzelbona vollberechtigt bleibe, so sei das dadurch zu erklären, dass er nicht sie, sondern seine Vermögenseinheit habe verpfänden wollen (60). Man sieht, für alle Schwierigkeiten gibt die „ Einheit " des Vermögens die rettende Formel an die Hand, aber wir fragen: was ist denn eigentlich die „ unkörperliche Einheit " des Vermögens, wenn sie verschieden ist von dem Inhalt des Vermögens? Wenn die Summe der Bestandteile den Inhalt des Vermögens bildet, so ist doch das Vermögen wesentlich bestimmt durch diese Bestandteile. Die Verpflichtung soll sich nicht erstrecken auf den Inhalt des Vermögens — ja worauf denn? Welche Realität hat überhaupt diese inhaltlose unkörperliche Vermögenseinheit?

Mit Recht betont Birkmeyer: „ Wir wenden uns nun zur Analyse des Vermögens und fragen nach seinen Bestandteilen, seinem Inhalt. Denn in dem Inhalt der universitas liegt ihr Wesen beschlossen... Wir können der Natur des Vermögens nur durch Erforschung seines Inhalts näher kommen " (125 f.). Er musste also untersuchen, was geeignet erscheint, im konkreten Fall zu und in der Vermögenssumme zusammengefasst zu werden, was in den Rechtsquellen irgend als ein Bestandteil eines Vermögens genannt wird; die Summierung aller dieser Bestandteile hätte dann den Umfang der möglichen Vermögensobjekte und damit die inhaltliche Bestimmung des Vermögensbegriffs ergeben. Natürlich mussten dafür sämtliche Fälle geprüft werden, in denen das Vermögen von Bedeutung ist. Dies hat Birkmeyer unterlassen, indem er tatsächlich nur die Fälle des Vermögensübergangs prüfte. Daraus entsprang als nächster Fehler,

das Kriterium des Vermögensbestandteils in der Uebertragbarkeit, der Verkehrsfähigkeit zu finden. Dabei erregt es Birkmeyer gar keine Bedenken, zur Stütze seines Vermögensbegriffs die l. 62 D 41, 1 zu zitieren: quædam quæ non possunt alienari per universitatem transeunt, ut fundus dotalis et res cuius aliquis commercium non habet (84) ([1]). Das Erfordernis der Verkehrsfähigkeit wird dann unter der Hand zum Erfordernis des Werts. Es mag endlich noch darauf hingewiesen werden, dass eine ohne vorgefasste Meinung erfolgte Bestimmung der Vermögensobjekte lediglich aus dem Wortlaute der Rechtsquellen auch zu einer näheren Prüfung der Frage geführt haben würde, warum die römischen Juristen konstant res und corpora, nicht nur iura, als Vermögensteile nennen.

3. Die spätere gemeinrechtliche Literatur.

Die Monographie Birkmeyer's hat der gemeinrechtlichen Doktrin keinen Anlass gegeben, ihre Auffassung des Vermögensbegriffs einer Nachprüfung zu unterziehen. Ein weiteres Eingehen auf dieselbe dürfte darum sich erübrigen. Statt aller soll nur *Windscheids* Lehre (Pandekten I, § 42) kurz skizziert werden. Das Vermögen einer Person bestimmt er als die Einheit — Einheit wird erklärt als Gesamtheit, Ganzes d. h. ein Ding, welches zwar aus Teilen (Bestandteilen) besteht, aber etwas anderes ist als die Summe jener Teile (N. 2 zu 151) — der ihr zustehenden Vermögensrechte. In einem „ engeren " Sinn versteht er unter Vermögen nicht das gesamte Vermögen, sondern nur das Reinvermögen (Vermögen nach Abzug der Schulden und übrigen Lasten). Vermögen wird endlich auch genannt die Einheit der Vermögensrechte und der Verpflichtungen, so bei der Beerbung. ([2]) Unter „ Vermögensrechten " versteht Windscheid diejenigen, welche „ dem Berechtigten um seiner selbst

---

(1) Aehnliche Widersprüche zu dem Satze von der Identität der omnia und universa bona 55, 63, 66.

(2) Oertmann, *Volkswirtschaftslehre des c. i. c.* 16 erkennt nur diesen als den juristischen Vermögensbegriff an.

willen zustehen " (150), nämlich die dinglichen und die Forderungsrechte.

Besondere Erwähnung beansprucht nur die neue Wege weisende Lehre *Bekkers* vom Vermögen, die er zusammenfassend behandelt im ersten Bande seines „ System des heutigen Pandektenrechts " §§ 40 — 42. Die Entstehung des juristischen Vermögensbegriffs führt Bekker in der Hauptsache zurück auf das Schuldrecht. „ Mit der Entwicklung der Realexekution erhält der Gläubiger ein gewichtiges Interesse an der scharfen Abgrenzung des Vermögens, er will genau wissen, wieviel neben der Person des Schuldners ihm verhaftet ist " (134). Daneben war für die Ausgestaltung des Vermögensbegriffs das Erbrecht von Wichtigkeit (132). Entsprechend seiner — übrigens abzulehnenden — Definition der Obligation als „ Recht wider die Person und das Vermögen des Schuldners " definiert Bekker das Vermögen als „ Komplex von Rechten, deren Zusammengeschlossensein darin hervortritt, dass diese Schuldverhältnisse alle diese und nur diese Rechte ergreiffen " (136) (1). „ Zur Abgeschlossenheit gelangt der Vermögensbegriff, sobald wir die Beziehungen zwischen Vermögen und Schulden ins Auge fassen: Ein Vermögen, das dieselben Schulden hat " (142).

Vermögensbestandteile sind nach Bekker nur Rechte. „ Der juristische Vermögensbegriff umfasst keine anderen Güter als Rechte und schliesst alle Sachen von sich aus. Die Sache, körperliche oder unkörperliche, ist Objekt von Rechten, die ins Vermögen gehören, aber selber kein Vermögensstück " (139).

Auf die Frage, „ ob der Name Vermögen die am Komplex haftenden Schulden mitbezeichnen dürfe, " gibt Bekker die zutreffende Antwort, es sei eine gewisse Mannigfaltigkeit des modernen Sprachgebrauchs anzuerkennen. „ Sprechen wir von einer „ Verpfändung des Vermögens ", so denken wir allein an die Rechte; bei der „ Vererbung des Vermögens " an die Rechte und Schulden zugleich; endlich wird im gemeinen Leben wohl am häufigsten darunter verstanden der

(1) Cf. 136: „ Ganz wie das Vermögen in die Definition der Obligation gehört, so ist auch das Vermögen nach seinem Verhältnis zur Obligation zu definieren. "

Ueberschuss des Wertes der Rechte (Aktiva) über den der Schulden (Passiva) in Geld ausgedrückt, und wir würden nichts dawider zu erinnern finden, eine „ Erbschaftssteuer " etwa nach der Höhe des Vermögens in diesem Sinne zu berechnen " (140).

Welche Rechte gehören zum Vermögen, können „ entsprechend Vermögensrechte genannt werden "? Die Antwort kann Bekker nicht zweifelhaft sein : „ die nach den Gebräuchen des gemeinen Verkehrs tauschbaren und darum geldwerten Rechte " (137), genauer : nur solche geldwerte Rechte, die einer Exekution zu Gunsten des Gläubigers und einer Vererbung fähig sind (140 f.) (1)

Vom „ gemeinen Personalvermögen " scheidet Bekker die „ Zweckvermögen im weiteren Sinne "; (2) als solche gelten ihm „ die in besonderer Lage befindlichen Personalvermögen (hereditas iacens, Vermögen des Kriegsgefangenen und des Verschollenen) ", die „ Kommunal- (Korporations-) Vermögen " und die „ Zweckvermögen in engeren Sinne ", die „ unter Zwecksatzung gestellten " Vermögen, z. B. Stiftungen, Kassen, Stamm- und Familiengüter (141 f.)

Mit der Auffassung, dass das Vermögen bestimmt werde durch die auf ihm lastenden Schulden, denen es haftet, hängt zusammen die Lehre Bekkers von den Sondervermögen. „ Bisweilen ergreifen dieselben Schulden... nur einen Teil der zu einem grösseren Vermögen zusammengeschlossenen Rechte. Damit ist die Notwendigkeit der Annahme eines Sonderguts gegeben " (143). Sondervermögen sind also in einem Vermögen vorhandene „ halbselbständige Teile, " dadurch zusammengeschlossen dass „ im Gegensatz zu der Regel, dass obligatorische Akte gegen ein ganzes Vermögen wirken, " in besonderen Fällen nur diese Teile „ Objekt der entstehenden Forderungen " werden (146).

---

(1) Aehnlich knüpft Schuppe, *Der Begriff des subjektiven Rechts* die Charakterisierung als Vermögensbestandteil an die Eigenschaft der Verkehrsfähigkeit, da „ das Vermögen an den entwickelten Begriff der Verkehrsfähigkeit geknüpft " sei (131). „ Alle Lustquellen, welche nach ihrem Begriff und ihrer Existenzart von jedem, tatsächlich aber immer nur von einem (resp. wenigen) genossen werden können und deshalb übertragbar sind, gehören zum Vermögen " (132).

(2) Tatsächlich ist jedes Vermögen als Zweckeinheit ein „ Zweckvermögen, " auch das gemeine Personalvermögen.

Die ausschliessliche Betrachtung des Vermögens in seinem Verhältnis zu den Schulden, wie sie Bekker vornimmt, ist m. E. bedenklich und irreführend.

4. Die Wissenschaft des neuen Privatrechts.

„ Dass der Vermögensbegriff des BGB ein anderer sei als der der modernen gemeinrechtlichen Lehre, ist nicht zu erweisen. " Diese präzise Erklärung *Binders* (1) macht es verständlich, dass die Wissenschaft des neuen deutschen Privatrechts dem Vermögensbegriff, als zu den „ hergebrachten Begriffen " (2) gehörig, bislang keine besondere Aufmerksamkeit geschenkt hat. Wichtigere Fragen, bei deren Beantwortung man der Hilfe der romanistischen Doktrin entraten musste, drängten zur Untersuchung gestellt zu werden. In der Lehre vom Vermögensbegriff begnügte man sich im allgemeinen mit einer Wiederholung der überkommenen Lehrmeinungen über Begriff und Inhalt des Vermögens. In der umfangreichen Monographie von *Beyer* „ Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche " wird — was mir bezeichnend erscheint — der Darstellung und Entwicklung des grundlegenden Vermögensbegriffs noch nicht eine ganze Seite gewidmet. (3) Das wäre nur dann zulässig, wenn in der Doktrin festgegründete Uebereinstimmung über solchen grundlegenden Begriff, den Ausgangspunkt der Untersuchung, bestände. Ist dieses nun hier der Fall? Man vergleiche nur, was der grosse *Planck*'sche Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch über den Vermögensbegriff enthält. I 161 heisst es: „ Nicht einen Inbegriff von Sachen, sondern einen Inbegriff von Rechten bildet das Vermögen des Menschen "; III 460: „ Inbegriff von Sachen und

---

(1) *Rechtsstellung des Erben* I, 34, cf. auch ders. *Vermögensrecht und Gegenstand* 252.

(2) Binder, *Rechtsstellung des Erben* I, 36.

(3) Die Definition: „ Vermögen ist der Inbegriff der einer Person zustehenden körperlichen (Sachen) und unkörperlichen Gegenstände " ist völlig unklar — was sind „ Gegenstände "? Beyer hat einfach res corporales et incorporales übersetzt. Was er meint, wird erst aus der weiteren Ausführung klar: „ Zum Vermögen gehören demnach (!) die Forderungs- und die dinglichen Rechte sowie die Immaterialgüterrechte und das Erbrecht. "

Rechten, welche das Vermögen eines Menschen bilden ". (1) V 10 f. werden zunächst die verschiedenen Ansichten über den Vermögensbegriff verzeichnet: a) Vermögen = Rechte des Erblassers, Verbindlichkeiten nicht inbegriffen, b) Vermögen = Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen, zu denen auch die Verbindlichkeiten gehören; der Autor entscheidet sich bezüglich des § 1922 für die Auffassung sub b, „ obschon es keinem Zweifel unterliegt, dass der Ausdruck Vermögen sehr oft in dem unter a) bezeichneten Sinne gebraucht wird und dass insbesondere unter dem Ausdruck Nachlass (Erbschaft) regelmässig nur die Gesamtheit der dem Erblasser zuständig gewesenen Rechte und auf den Erben übergegangenen Berechtigungen verstanden wird. " Was ist nun wirklich das Vermögen? Sind alle genannten Definitionen richtig, so können sie es jedenfalls nur für bestimmte Rechtsteile sein. Zu erwarten wäre aber eine Begründung, weshalb Nachlass (Erbschaft) regelmässig nur Rechte in sich begreift, in dem Sinne des § 1922 jedoch auch die Verbindlichkeiten umfasst. Die genannten Definitionen sind auch unvollständig. *Welche* Rechte gehören zum Vermögen? Sicher und anerkannt ist, dass nicht alle Rechte zum Vermögen gehören. (2) Vermögen als Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen zu bestimmen, legt den Verdacht nahe, dass das definiendum durch sich selbst definiert werden soll.

Wenn trotzdem die Rechtswissenschaft mit solchen unzulänglichen Definitionen auskommt, so ist dies nur dadurch zu erklären, dass eine gewisse Vorstellung, was Vermögen sei, gleichsam von jedermann, und zwar nicht sowohl aus juristicher Wissenschaft, als aus dem Erfahrungsschatz des gemeinen Lebens heraus mitgebracht wird.

In den Darstellungen des bürgerlichen Rechts wird der Vermögensbegriff gewöhnlich an zwei Stellen ausführlicher behandelt, im „ Allgemeinen Teil " und im Erbrecht: Vermögen als Gegenstand

---

(1) Ebenso *loc. cit.* § 1372, N. 2; § 2121, N. 1; § 2215, N. 5.

(2) Dies gilt auch gegenüber der Darstellung Zitelmanns *Internat. Privatrecht* I 140: „ Es können die verschiedenen rechtlichen Beziehungen einer Person gedankenmässig zu einer Einheit, der Einheit des Vermögens, zusammengefasst werden. "

des Erbenerwerbs. (1) Im Allgemeinen Teil erfolgt die Besprechung z. T. im Anschluss an die Erläuterung des Begriffs des subjektiven Rechts, so bei Crome *System* I, § 31; auch Zitelmann *loc. cit.* I 140, II 20 ff.: „ Rechtstypen abgeleiteter Art durch sekundäre Begriffsbildung. " Andere Autoren besprechen den Vermögensbegriff bei der Erläuterung der Begriffe „ Sache " und „ Sachinbegriff ", so Cosack, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* I, § 49, Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* I, § 214, Endemann, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* I, § 50, Matthiass, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* I, § 37.

In den Ausführungen über den Vermögensbegriff sind es hauptsächlich drei Punkte, die einer eingehenderen Erörterung unterzogen werden, die Frage nach der Einheit des Vermögens, die Frage nach den Bestandteilen des Vermögens und die Frage, ob die Schulden zum Vermögen gehören.

I. *Ist das Vermögen eine „ Einheit? "* Unklarheit ist auch in der Literatur des neuen Privatrechts die Signatur der Antwort. *Endemann* (A. 14 zu I, 229) lehrt: „ Der Vermögensbegriff, sog. universitas iuris, beruht auf der rechtlichen Vereinigung aller einer Person in einem bestimmten Zeitpunkte zustehenden Rechte und Verpflichtungen; die Einheit des Vermögens besteht lediglich in der Verbindung aller Rechtsbeziehungen mit einem bestimmten Rechtssubjekt. Sie gelangt darum zu der vollen Wirkung, wo das bisherige Subjekt weggefallen ist und es sich um seinen Ersatz handelt; hierzu dient die Universalsuccession... Für dingliche Uebertragungen unter Lebenden dagegen bildet das Vermögen eine Summe..., nur für die obligatorische Verpflichtung wird es als ein einheitlicher Leistungsgegenstand aufgefasst... Stärker tritt die innere rechtliche Einheit des Vermögens durch den Grundsatz der dinglichen Surrogation hervor... Aus alledem ergibt sich, dass das BGB das Vermögen zwar grundsätzlich nicht als Einheit auffasst, den praktischen Bedürfnissen nachgebend aber in wichtigen Einzelfällen gleichwohl Rechtsfolgen anordnet, die inhaltlich den Begriff der Vermögenseinheit, den

(1) Cf. Binder, *Rechtsstellung des Erben* I, § 1: *Gegenstand des Erwerbs*, § 2: *Folgen des Erbschaftserwerbs.*

Fortbestand desselben Vermögens trotz des Wechsels der einzelnen Bestandteile voraussetzen ". Die Einheit wird also halb bejaht, halb verneint. Wie steht es denn nun tatsächlich, wie ist es zu erklären?

Binder leugnet die Einheit des Vermögens: „ Das Vermögen ist nach dem BGB nicht eine Einheit, sondern eine Vielheit, eine blosse Summe, welche den äussern Schein der Einheit nur durch das gemeinsame Subjekt der einzelnen Summanden erhält. Ein anderer Vermögensbegriff ist aus dem BGB nicht zu erweisen; der behauptete Begriff aber ergibt sich daraus, dass die einzelnen Vermögensbestandteile dem Vermögenssubjekt eben nur einzelne subjektive Rechte geben, kein Gesamtrecht... Das Vermögen bildet also auch keine Einheit im Moment des Todes seines Subjekts; der Erbe succediert in eine Summe von Rechten, nicht in *ein* Recht, da ein solches nicht bestand und nicht besteht " (Rechtsstellung des Erben III, 19). An anderer Stelle aber heisst es: „ Keinem aufmerksamen Beobachter des Rechtslebens kann es entgehen, dass die Vermögen in gewissem Sinne rechtliche Einheiten bilden, freilich nicht als einheitliche Objekte eines einheitlichen subjektiven Rechts, sondern als Aggregate verschiedener und möglicherweise verschiedenartiger Rechtsobjekte, für die das objektive Recht aus gewissen einheitlichen Gesichtspunkten gewisse einheitliche Vorschriften gibt, so dass in der Einheit des Tatbestandes, des Zweckes und der rechtlichen Regelung die Momente liegen, die uns berechtigen, die Vielheit als Einheit zu begreifen und von einer Einheit, einer Individualität im Rechtssinn zu reden " (III, 437).

Lessing (Begriff der Rechtsnachfolge nach bürgerlichem Rechte) erklärt: „ Das Vermögen als solches ist keine Einheit... kann das Gesetz... unter Vermögen nur ein gedachtes, einer realen Existenz entbehrendes Objekt begreifen, und unter der Rechtsnachfolge in ein Vermögen den Uebergang der als Einheit gedachten, tatsächlich nicht als Einheit bestehenden Vermögensbestandteile verstehen " (73 A 59). „ Diesen Uebergang (Erbgang) haben wir als einheitliches, gedankliches Bild vor Augen, als den Uebergang des dem Rechtsvorgänger zustehenden Vermögens. Wir betrachten jedoch nicht das Vermögen als tatsächliche Einheit..., denn natürlich betrachtet, ist das, was bei der Gesamtrechtsnachfolge übergeht, nichts

als die Summe der dem Rechtsvorgänger zustehenden vermögensrechtlichen Beziehungen, die nur deshalb, weil sie sich um einen gemeinsamen Mittelpunkt, den Rechtsträger gruppieren, mit einem gemeinsamen Ausdruck umfasst werden " (78 f.).

Kohler behandelt in einer eigenen Studie das „ Vermögen als sachenrechtliche Einheit ". „ Sobald aus gewissen Einzelgegenständen sich ein Vermögen bildet, ist zwar kein einheitlicher Gegenstand (1) im Rechte vorhanden, wohl aber ist die Zusammenfassung der verschiedenen Gegenstände zur Vermögenseinheit nicht blos tatsächlich; sie ist nicht rechtlich einflusslos, sie hat bedeutsame rechtliche Folgen " (2).

II. *Aus welchen Bestandteilen setzt sich das Vermögen zusammen?*

Die allgemeine Antwort lautet: Das Vermögen ist ein Inbegriff von Rechten. In der Sache ist es nicht anders gemeint, wenn *Cosack* — wie auch Beyer *loc. cit.* und Planck III, 460 — das Vermögen einen „ Inbegriff von Sachen und Rechten " nennt, indem er unter „ Sachen " die dinglichen Rechte, speziell das Eigentum begreift. Ebenso meint *Dernburg*, der — Das Bürgerliche Recht I, 317 — als Vermögen „ die geldwerten Güter einer Person " ansieht, die „ Rechte " der Person; er definiert ja das subjektive Recht als den „ Anteil an den Lebensgütern, welchen der Allgemeine Wille als einer Person zukommend anerkennt und ihr gewährleistet " *(loc. cit.* I, 104).

Welche Rechte sind Vermögensbestandteile. *Kipp* (2) nennt Vermögensrechte die „ wirtschaftlichen Rechte " (Pandekten I, 152), die „ Rechte von wirtschaftlichem Wert, und da im System der Geldwirtschaft jeder wirtschaftliche Wert in Geld ausgedrückt werden kann, so kann man auch... dafür sagen: die geldwerten Rechte " (eod. l. N. 1 zu 150). Als geldwerte Rechte erscheinen ihm „ die dinglichen Rechte, denn die Beherrschung einer Sache hat immer wirtschaftliche Beziehung (3); ebenso die erdrückende Mehrheit der

(1) Wohl im Sinne von: „ Rechtsobjekt. "

(2) Abweichend von Windscheid.

(3) *Aber* auch immer „ wirtschaftlichen Wert " bezw. „ Geldwert "? Kipp führt diesbezüglich gegenüber Regelsberger, der *Pand.* II, § 50, S. 201 unter Verweisung

Forderungen, wiewohl es nach BGB zweifellos auch Forderungen ohne Vermögenswert geben kann, endlich die Vermögensrechte, welche als Ausfluss von familienrechtlichen Verhältnissen erscheinen " (eod. l. 152). Ebenfalls lassen den Geldwert der Rechte entscheidend sein Crome *System* I, § 31, Landsberg, *Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs* I, 61 f., Dernburg, *loc. cit.* I, 317, Binder I, 20, Matthias, *loc. cit.* I, 144. (1) Gegen das Erfordernis des Geldwerts der Vermögensrechte Leonhard *Der Allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuches* 153 f., Beyer *Surrogation* A. 1 zu 1. Auch die (geldwerten) Individualrechte werden regelmässig als Vermögensrechte angesehen, cf. Binder I, 25, 27, 30, Crome I, § 31, Beyer 1. Nicht zum Vermögen gehören nach Binder: Firmenrecht und Warenzeichenrecht, da diese „ Accessionen des Handelsgeschäfts " seien, das Handelsgeschäft aber nicht Vermögensbestandteil sei (I 36), weiterhin der Besitz, der ein tatsächliches Verhältnis, kein Recht sei (I 5, 39). Dagegen erklärt Beyer den Besitz als Recht und als Vermögensbestandteil, ebenso auch die Firma (A. 2 zu 1).

Sohm (2) stellt den Vermögensrechten die „ persönlichen Rechte " gegenüber. Diese „ können güterrechtlicher Art sein und damit Vermögenswert besitzen, sind aber doch niemals Vermögensrechte. "

---

auf das Eigentum an Briefen leugnet, dass die dinglichen Rechte immer geldwerte Rechte seien, aus: „ Es ist aber gleichgültig, ob sie der Eigentümer um seines Interesses am Inhalt willen aufbewahrt und ihm ihr Wert als altes Papier persönlich gleichgültig ist; sie haben einen solchen Wert, woran es nichts ändert, dass vielleicht erst ihrer viele zusammen einen Pfennig bringen. " (I, 150 A. I). Solche Argumentation erscheint mir allzu gezwungen. Ob „ viele zusammen " einen Wert darstellen, ist unerheblich, solange diese „ viele " eben „ *nicht* zusammen " sind.

Aehnlich Binder *Gegenstand* 17 f., *Vermögensrecht und Gegenstand* 228 gegen Sohm.

(1) Widersprechend II 369: „ Mit dem Vermögen gehen in der Erbfolge über alle Vermögensrechte, auch diejenigen, die an sich einen Vermögenswert nicht darstellen ". Dagegen Binder *Rechtstellung des Erben* A. 39 zu I 7, der Forderungen auf nicht vermögenswerte Leistungen ausdrücklich vom Vermögen ausschliesst.

(2) *Bürgerliches Recht* in „ *Systematische Rechtswissenschaft* " 19 f.; des näheren ausgeführt in den Abhandlungen: *Der Gegenstand; Vermögensrecht. Gegenstand. Verfügung* im Archiv f. bürg. Recht Bd. 28; *Noch einmal der Gegenstand* in Ih. Jahrb. Bd. 53. — Seine Lehre berührt sich in vielen Punkten mit der Lehre Bekkers; s. o.

Und zwar deshalb nicht, weil sie „ unverfügbar " sind: „ Die Vermögensrechte sind ein Gegenstand willkürlicher Veräusserung, Belastung. Sie werden verkehrsmässig erworben, übertragen, aufgegeben. Sie stellen freies Vermögen im vollen Sinne des Wortes dar. ... Die personenrechtlichen Rechte stehen ausserhalb des Verkehrs und darum ausserhalb des Vermögens im Rechtssinne. " (1)

Auf den ersten Blick möchte man wohl diese Differenzen betreffend den Umkreis der Vermögensrechte bedeutsam finden. Für die richterliche Praxis sind sie es aber nur in geringem Masse. Mit wenigen Ausnahmen haben alle dinglichen und Forderungsrechte Geldwert, und die Ausnahmen beschäftigen die Praxis nur in den seltensten Fällen. Wo die Differenz am ehesten bedeutsam werden kann, im Erbrecht — nach Binder gehören Geschäft und Besitz nicht zum Vermögen, werden also auch nicht nach § 1922 GBG vererbt — wird die Schwierigkeit beseitigt durch die § 27 HGB und § 857 BGB, die die Vererbung ausdrücklich normieren.

III. *Gehören die Schulden zum Vermögen?*

Während die gemeinrechtliche Doktrin die Frage fast ausnahmslos bejahte, ist die Antwort für das BGB zweifelhaft geworden. *Binder* insbesondere hat eine umfangreiche Beweisführung angetreten (Rechtstellung des Erben I, 7—21), dass die Schulden nicht Bestandteile, sondern Last des Vermögens seien. (2) Ebenso Kipp I, 152, III, 182, Dernburg I, 317, Beyer A. 1 zu 1, Hellwig, *Anspruch und*

---

(1) Gegen Sohm eingehend Binder *Der Gegenstand* in der Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht Bd. 59 und *Vermögensrecht und Gegenstand* im Arch. f. bürgerliches Recht Bd. 34. Sohm hat an keiner Stelle den Beweis erbracht, dass „ Verfügungsgegenstand " und „ Vermögensgegenstand " identisch seien. Seine Beweisführung gründet sich darauf, dass „ Vermögensrechte " nur an „ Verfügungsgegenständen " möglich seien. Aber es fehlt vor allem der Nachweis, dass das Vermögen sich nur aus Vermögensrechten zusammensetze. Weiter ist mit Binder *(loc. cit.)* festzustellen, dass die „ Verfügbarkeit " schon deshalb nicht Kriterium des Vermögensrechts im Gegensatz zur „ Geldwertigkeit " sein kann, weil sie erst die Consequenz dieser Eigenschaft ist. Wenn Sohm die übertragbaren Mitgliedschaftsrechte zu den Vermögensrechten zählt, die nicht übertragbaren Mitgliedschaftsrechte dagegen zu den personenrechtlichen Rechten, so muss mit Recht gefragt werden, welcher innere Grund diese Unterscheidung rechtfertigen soll.

(2) Also im Sinne der Untersuchung Birkmeyers. — Cf. ders. *Gegenstand* 36 ff.

Klagerecht 203 ff. 309 ff. (1) Gegen Binder wenden sich Oertmann *Archiv für bürgerliches Recht* XXI, 142, Lessing, *Rechtsnachfolge* 74 ff. und Fischer *Schaden* A. 1 zu 8. Wenn dieser aber fragt: „ Was wäre Rechtens, wenn das Gesetz den § 1967 I, nicht enthielte ", so erscheint mir diese Frage recht müssig, da nun einmal der § 1967 I besteht. Die Meinung, dass das Vermögen bald als Inbegriff der Rechte, bald als Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten, bald endlich als Reinvermögen aufzufassen sei, wird vertreten von Crome I, § 31, Cosack I, § 49, Landsberg I, 61 f.

5. Der Vermögensbegriff in der Lehre vom Schadenersatz.

Die Lehre vom Vermögensbegriff ist ursprünglich entwickelt worden bei der Darstellung des Erbrechts. Der Begriff des Nachlassvermögens ist dann gewissermassen die Vorlage geworden, nach welcher der Vermögensbegriff überhaupt gearbeitet wurde. (2) Dies gilt insbesondere für die Darstellung des Vermögensbegriffs, wie wir sie in den Lehren des „ Allgemeinen Teils " des Privatrechts finden. Es erklärt weiter, dass man die Schulden nicht glaubte vom Vermögen trennen zu können. In der „ allgemeinen " Darstellung des Vermögensbegriffs werden regelmässig nicht berücksichtigt die Erscheinungsfälle im Schadenersatzrecht und Kondiktionenrecht. Windscheid erklärt die „ Verpflichtung zur Leistung des Interesse " als „ Verpflichtung zum Ersatz des Nachteils, welcher in der Vermögenslage einer Person eingetreten ist " (3) und als Rechtsgrund des Kondiktionenanspruchs die „ Bereicherung aus fremdem Vermögen " (4). Da er hier eine Bestimmung des Vermögensbegriffs nicht gibt, ist man veranlasst, auf die im „ Allgemeinen Teil " gegebene Bestimmung zurückzugreifen. In der Tat versucht dies z. B.

(1) Auch Sohm *Gegenstand* 24 wegen der „ Unverfügbarkeit " der Schulden.
(2) Cf. Fischer, *Schaden* 13 f.
(3) *Pandekten* II, §§ 257, 258.
(4) *Eod. l.* § 421.

Hasenöhrl (1): „ Da das Vermögen aus einem Inbegriff von Rechten besteht, so kann man jene Vorteile, die jemand besitzt oder geniesst, ohne ein Recht darauf zu haben, zu seinem Vermögen nicht rechnen. Der Verlust solcher Vorteile begründet daher keinen Schaden im rechtlichen Sinn. " Dieser Standpunkt ist aber von Theorie und Praxis längst verlassen worden, wenn er überhaupt jemals ernstliche Freunde gehabt haben sollte. Vgl. Sjögren: „ Es mag dahingestellt bleiben, ob für das Privatrecht überhaupt die übliche Identifizierung von Vermögen und Vermögensrecht zutreffend ist, für die Lehre vom Schadensersatz ist sie dies entschieden nicht. " (2)

Eine eingehendere Untersuchung, welcher der Vermögensbegriff der Schadenersatzlehre sei, habe ich nur bei *Fischer* „ Der Schaden nach dem bürgerlichen Gesetzbuche " gefunden, während die systematischen Darstellungen des neuen Privatrechts auch hier ganz dem Beispiel der Pandektenjuristen sich anschliessen. (3) Fischer lehnt den juristischen Vermögensbegriff ab, einmal weil er „ zur systematischen Darstellung ganz anderer, dem Schadensersatzrecht gar nicht verwandter Rechtsnormen geschaffen " sei (14), dann weil er das Moment des Wertvollen in den Vermögensbestandteilen vernachlässige (eod. l.). Letzteres könnte auffallend erscheinen, da Vermögen doch meist als Inbegriff der geldwerten Rechte definiert wird. Aber: Erfordernis das des Geldwerts ist nur aufgestellt mit Bezug

---

(1) *Oesterreichisches Obligationenrecht* (1878) I, 224; zitiert bei Fischer A. 12 zu 13.

(2) in Iherings Jahrbüchern XXXV, N. 39 zu 397. — Bemerkenswert sind die Ausführungen gegen die Forderung, dass der Gegenstand der Versicherung nur ein „ rechtliches " oder „ rechtsbegründetes " Interesse sein könne, bei Hecker, *Zur Lehre von der rechtlichen Natur der Versicherungsverträge* 33 ff.; dazu auch Ehrenberg, *Versicherungsrecht* I 9, bes. A. 18. — Zu vergleichen auch Neumann, *Grundlagen der Volkswirtschaftslehre* 109 f.

(3) Planck N. 1 zu § 253 sagt ausdrücklich: „ Welcher Schaden ein Vermögensschaden ist, ergibt sich aus dem Begriffe des Vermögens. " Aber eine Bestimmung dieses Begriffs findet sich nicht. Es ist doch nicht wohl anzunehmen, dass auf den sog. juristischen Vermögensbegriff (I 161, III 460, V 10 f.) verwiesen werden soll. Dem steht § 252 BGB im Wege.

auf das Objekt, nicht mit Bezug auf die „ tatsächliche Genussfähigkeit, die dem Gute allein den Wert gibt " (15). So ist das Eigentum an einem wertvollen Buche allemal ein „ geldwertes Recht ", mag das Buch auch tatsächlich für den Eigentümer gar keinen Wert haben, weil z. B. es ihm gestohlen ist und keine Aussicht auf Wiedererlangung besteht; ebenso eine Forderung auf 100 M, mag auch ihr tatsächlicher Wert gleich Null sein, weil von dem Schuldner nichts zu holen ist. Als den Vermögensbegriff, den das Schadenersatzrecht verwendet, statuiert Fischer den wirtschaftlichen Vermögensbegriff, wie er von der Volkswirtschaftslehre aufgestellt wird. (1) Er leugnet damit für das Schadenersatzrecht einen besonderen juristischen Vermögensbegriff.

Ob Fischer mit der Einstellung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs recht hat, kann hier noch nicht untersucht werden. Bedenken erweckt aber die Methode, wie er diesen neuen rechtlichen Begriff gewinnt. Er verneint die Anwendbarkeit des hergebrachten juristischen Vermögensbegriffs, ohne zunächst diesen auf seine Richtigkeit zu prüfen. Als Resultat solcher Prüfung hätte sich vielleicht ergeben können, dass es einen juristischen Vermögensbegriff gibt, der sowohl für das Schadenersatzrecht wie auch z. B. für das Erbrecht Gültigkeit besitzt. Fischer vergisst zweitens den Nachweis zu führen, dass der neu aufgestellte Begriff seinerseits brauchbar und richtig ist.

Auch Meumann (2) will anscheinend im Schadensersatzrecht den Begriff eines „ tatsächlichen Vermögens " verwendet wissen im Gegensatz zum Begriff des „ Rechtsvermögens ". Nähere Ausführungen fehlen.

II. Die strafrechtliche Doktrin.

Die kriminalistische Wissenschaft fasst übereinstimmend eine Reihe von Tatbeständen des Besonderen Teiles des Reichsstrafgesetzbuchs und strafrechtlicher Nebengesetze zusammen als Gruppe

---

(1) Ebenso Sjögren *loc. cit.*, v. Liszt *Deliktsobligationen* 62.
(2) *Prolegomena* 166.

der Vermögensdelikte. (1) Meist wird diese Gruppe — soweit die Besprechung der einzelnen Delikte nicht der Legalordnung folgt — wieder in mehrere Untergruppen zerfällt. Als Einteilungsgrund wird vorzugsweise — teils allein, teils in Konkurrenz mit anderen Einteilungen — die „ Verschiedenheit der verletzten Vermögensrechte " benutzt. (2) So finden wir eine Gruppe Delikte „ gegen das Eigentum " (3), eine zweite Gruppe Delikte gegen „ Zueignungs- " oder „ Okkupationsrechte ", eine dritte Gruppe Delikte gegen „ Forderungsrechte " und endlich eine vierte Gruppe „ strafbare Handlungen gegen das Vermögen überhaupt ". (4) Die wichtigsten Delikte dieser letzten Gruppe sind Betrug (§ 263) und Erpressung (§ 253).

Vermögensdelikte — die Bezeichnung rührt daher, dass in allen Fällen, wo der Tatbestand eines sog. Vermögensdelikts erfüllt ist, die Strafdrohung in erster Linie den Schutz des Vermögens bezweckt. Das Vermögen ist „ Angriffs- und Schutzobjekt ", das „ Objekt, welches durch das einzelne Verbrechen angegriffen wird ". (5) Die Strafdrohung will in erster Linie das Vermögen schützen: deshalb ist z. B. die Erpressung Vermögensdelikt, da der Angriff auf die Freiheit der Willensbestimmung erst in zweiter Linie bedeutsam wird (6), umgekehrt z. B. die sog. qualifizierte Urkundenfälschung

---

(1) Der *Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch* fasst im Besonderen Teil als 4. Buch die „ Verbrechen und Vergehen gegen das Vermögen " zusammen. Darunter sind aber auch Delikte aufgeführt, die unzweifelhaft nicht " Vermögensdelikte " sind, so die Begünstigung (§ 280) und die Urkundenfälschung (26. Abschnitt §§ 282—288). Dann aber hat die Systematisierung doch eigentlich keinen Zweck. Aber sie ist auch gesetzestechnisch bedenklich, denn — da die Ueberschriften auch zum Gesetzestext gehören — so liegt die Versuchung nahe, das Moment des Vermögensdelikts in diese Tatbestände hineinzutragen, was nicht gewollt sein kann.

(2) Cf. Uebersicht bei Doerr *Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen* 41 ff.

(3) Binding; Birkmeyer: gegen dingliche Vermögensrechte; v. Liszt: gegen dingliche Rechte.

(4) v. Liszt; Binding: Verbrechen wider das Eigentum und die übrigen Vermögensrechte.

(5) Oppenheim *Objekte des Verbrechens* 194.

(6) Cf. Doerr *loc. cit.* 25, *Begründung zum Vorentwurf* 752, 755.

(§ 268) kein Vermögensdelikt, denn „ sie richtet sich nach der Intention unseres Strafgesetzbuchs gegen die Sicherheit des Urkundenbeweises; diese Sicherheit ist hier das Rechtsgut, das durch Kriminalisierung betreffender Tatbestände strafrechtlichen Schutz geniesst". (1)

Das Rechtsgut des Vermögens wird angegriffen. Dies besagt, dass die Einzeldinge, gegen die der Angriff im konkreten Deliktsfalle sich richtet, zum Vermögen gehören müssen. (2) Und umgekehrt wird das Vermögen aus der Summe dieser Einzeldinge gebildet. Die Zusammenfassung der Vermögensdelikte zu einer besonderen Deliktsgruppe wird vom Gesetze selbst angeregt: § 435 StPO spricht die Befugnis, als Nebenkläger aufzutreten, demjenigen zu, welcher „ durch einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung (§ 170) die Erhebung der öffentlichen Klage herbeigeführt hat, wenn die strafbare Handlung gegen sein Leben, seine Gesundheit, seine Freiheit, seinen Personenstand oder seine *Vermögensrechte* gerichtet war ". In dieser Bestimmung liegt zugleich ausgesprochen, dass die Redaktoren der StPO das strafrechlich relevante Vermögen als Inbegriff der Vermögensrechte aufgefasst haben, der strafrechtliche Vermögensbegriff war ihnen identisch mit dem juristischen Vermögensbegriff der Pandektendoktrin, er wurde aus dieser übernommen. Hieraus erklärt sich nun weiter, dass in der Untersuchung der Vermögensdelikte der Vermögensbegriff fast ausschliesslich zur Besprechung gelangte bei der Gruppe der Delikte, die sich richten „ gegen das Vermögen überhaupt ". Bei den hierher gehörigen Tatbeständen musste der Vermögensbegriff genannt werden, weil die einzelnen Handlungsobjekte der konkreten Fälle nur durch ihren Charakter als Vermögensbestandteile auf eine gemeinsame Formel gebracht werden können, während bei den übrigen Gruppen die einschränkende Charakterisierung des Handlungsobjekts als dingliches Recht, Forderungsrecht, Zueignungsrecht das Zurückgehen

---

(1) Doerr *loc. cit.* 26, cf. E XXVII, 301.

(2) Binding *Lehrbuch* 238 will in der Unterstellung unter die Gruppe Vermögensdelikte nichts weiter als eine „ Etikette " verstehen, „ eine Bezeichnung von gerade so zweifelhafter Genauigkeit wie fast alle Etiketten ".

auf den allgemeinen (übergeordneten) Charakter Vermögensbestandteil, Vermögensrecht überflüssig machte. Denn ist das Vermögen nichts anderes als die Summe der dinglichen usw. Rechte, so vermittelt die Charakterisierung des Eigentums usw. als Vermögensrecht keine neue Erkenntnis. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Eigentumsrechte usw. unbedingt und unter allen Umständen als Vermögensrechte, als Vermögenstücke angesehen werden, dass die Charakterisierung derselben als Vermögensrechte nicht von einem weiteren Erfordernis abhängig gemacht wird. Als solches könnte z. B. angesehen werden das Geldwerterfordernis. Tatsächlich geschieht dies auch. So z.B. nimmt Doerr (1) das Eigentum an wertlosen Sachen vom Vermögensinbegriff aus, speziell mit Rücksicht auf den Tatbestand des Diebstahls. Meist allerdings wird diese Konsequenz von den Autoren, welche für die Vermögenszugehörigkeit das Geldwerterfordernis aufstellen, nicht gezogen; aber die darin liegende Inkonsequenz darf nicht ignoriert werden. (2)

Das strafrechtlich relevante Vermögen ist nach der herrschenden Theorie das juristische Vermögen als Inbegriff der Vermögensrechte. Die eine Auffassung, am schärfsten vertreten von *Binding*, betont den sog. rein juristischen Vermögensbegriff, die andere, der zeitalsdie herrschende anzusehende und auch vom Reichsgericht (3) angenommene,

---

(1) *Loc. cit.* 30: „ Eigentumsobjekt und Vermögensbestandteile sind nicht identische Begriffe. " — Cf. auch Kohler *Lehrbuch* I, 27: „ Es war ein Uebersehen eines wichtigen Momentes, wenn man aus dem Begriffe des Diebstahls ableitete, es könne auch einen Diebstahl an einer ganz wertlosen Sache geben; denn es gehört zum Begriff des Diebstahls als eines Vermögensverbrechens, das die gestohlene bewegliche Sache einen Vermögenscharakter hat und daher nicht völlig wertlos sein darf. "

(2) Eine Inkonsequenz nach der anderen Richtung bedeutet es meines Erachtens, wenn Meyer-Allfeld *Lehrbuch* 479 f. die Vermögensbeschädigung bei *Betrug* als „ Verschlechterung der Vermögenslage ihrem Geldwerte nach " definiert, aber (479 durch Verweisung auf 474 und 437) als taugliches Schädigungsobjekt auch „ Sachen ohne Schätzungswert " anerkennt.

(3) Seit der Entscheidung der vereinigten Strafsenate vom 20. April 1887 (E. XVI, 1 f.) — Diese Auffassung vertritt auch die *Begründung zum Vorentwurf* S. 756, 762, 807. Auch v. Liszt ist den Vertretern dieser Lehre beizuzählen. Zwar nennt er (*Lehrbuch* 467) das Vermögen den „ Inbegriff der geldwerten Güter überhaupt, "

Auffassung erachtet als massgebend den sog. juristischökonomischen Vermögensbegriff. Die Differenz der beiden Lehrmeinungen betrifft vornehmlich das Verhältnis von Vermögen und Wert, sie wird praktisch bei der Feststellung des Tatbesandes der Vermögensschädigung. ([1]) Die letztgenannte, „ objektive " Theorie fasst das Vermögen als Wertsumme auf, sie erachtet Vermögensschädigung dann als vorvliegend, wenn ein Verschlechterung des ökonomischen Wertergebnisses der gesamten Vermögenslage vorhanden ist. ([2 3])

Eine Konsequenz dieser Lehre geht dahin, dass ein Vermögensschaden nicht vorliegt, wenn dem Wertverlust an der einen Stelle ein äquivalent er Wertzuwachs an einer anderen Stelle entspricht. ([4])

Gerade diese letztere Konsequenz bildet einen Hauptangriffspunkt der Vertreter der „ subjektiven " Theorie, indem zugleich das Erfordernis des Geldwerts für die Vermögensbestandteile bestritten wird. Binding z. B. erklärt: „ Für den Kriminalisten wird das Vermögen eines Rechtssubjekts gebildet aus der Summe aller seiner Vermögensrechte und Pflichten. Daraus erhellt schon, dass es nie im Ganzen, sondern stets nur in seinen Bestandteilen angegriffen werden kann, und dass jede „ Verletzung eines Vermögensrechts " im Gegensatz zu den rechtlich gestatteten Veränderungen im Bestande des Vermögens eine Vermögensverletzung bedeutet, mag auch gleichzeitig an anderer Stelle ein Rechtszwachs eintreten " ([5]); „ Kriminalistisch ist es (ebenso wie m. E. auch zivilistisch) unzulässig, von den einzelnen Vermögensrechten zu abstrahieren und das Vermögen zu verwandeln

---

aber an anderer Stelle lässt er keinen Zweifel darüber, dass er das Vermögen im juristisch-ökonomischen Sinne meint; cf. 419: strafbare Handlungen, „ die im Einzelfall gegen jedes beliebige Vermögensrecht sich richten können. "

(1) Cf. die eingehende Darstellung bei Rotering Archiv 47, 418 ff.

(2) Cf. *Vermögensbeschädigung bei Betrug* 359 f.; v. Liszt *Lehrbuch*, 467, *Deliktsobligationen* 62; Frank § 263 N. V; Meyer-Allfeld *Lehrbuch* 479 f.

(3) Es ist zu erwähnen, dass die Berücksichtigung der „ besonderen Verhältnisse des Geschädigten " (cf. E. XI, 362, mitgeteilt *Vermögensbeschädigung bei Betrug* 405, auch v. Liszt *Lehrbuch* 467 f., *Deliktsobligationen* 62) streng genommen mit der Theorie von der Beeinträchtigung des Gesamtvermögens nicht im Einklang ist.

(4) Cf. v. Liszt *Lehrbuch* 467; Frank § 263 N. V; Meyer-Allfeld *Lehrbuch* 480; E. IX, 362.

(5) *Lehrbuch* 238.

in eine reine Quantität von gleichartigem Gehalt " (1); „ Die falsche Auffassung, wonach es Geldwert haben muss, beeinträchtigt leicht auch die strafrechtliche Beurteilung der Vermögensverletzung " (2); „ Juristisch bestimmen sich die Begriffe Vorteil und Schaden am Vermögen anders als wirtschaftlich. Im Rechtssinne ist jeder an seinem Vermögen geschädigt, der ohne Billigung des Gesetzes um sein Vermögensrecht oder um die Sache, an der es besteht, oder um die Möglichkeit seiner vollen Ausübung gebracht wird, sowie derjenige, dem nicht geleistet wird, was er rechtlich zu fordern hat und dem grundlos eine Leistungspflicht auferlegt wird, — ganz einerlei, ob wirtschafticht jene Einbusse, wie in den weitaus meisten Fällen, sich auch als Verlust oder aber ausnahmsweise als Gewinn darstellt. " (3)

Die objektive Theorie folgt ersichtlich derselben Argumentation, die für das Schadenersatzrecht den juristischen Vermögensbegriff als unbrauchbar erklärt, weil er das Moment des Wertes vernachlässige. Will man aber bei den Delikten der 4. Gruppe Geldwertcharakter für die Vermögensbestandteile verlangen, so erscheint es eigentlich notwendig, dieses Erfordernis auch mit Rücksicht auf die Handlungsobjekte der übrigen Gruppen der Vermögensdelikte zu stellen. Zum mindesten ist eine Erklärung zu erwarten, weshalb bei diesen Gruppen der Wert unbeachtlich ist. Die herrschende Theorie geht über diese Schwierigkeit mit Stillschweigen hinweg, sie operiert deshalb tatsächlich mit zwei wesentlich verschiedenen Vermögensbegriffen. Dieses Resultat kann nicht sehr befriedigen. Mit gutem Rechte führt Rotering zur Rechtfertigung der subjektiven Theorie an: „ Es dürfte schwerlich dem im Volke lebenden gesunden Sinn für Recht und Billigkeit entsprechen, wenn die Zueignung oder Zerstörung des fremden Wertobjekts gegen Erlegung des Geldäquivalents strafbar, dahingegen derjenige straflos bleibt, welcher dieselbe Sache ihrem Besitzer unter der gleichen Zubilligung durch Täuschung

---

(1) *Eod. l.* N. 2 zu 238.

(2) *Eod. l.* 239; cf. Lueder *Vermögensbeschädigung* 61 f.

(3) *Eod. l.* 240; cf. auch Roth *Verhältnis der Erpressung zu Nötigung und Raub* 5 f.

entwendet und sie nun behält, für sich verwertet, sie vernichtet. " (1) Die gleiche Unstimmigkeit ergibt sich daraus, dass Diebstahl einer wertlosen Sache bestraft wird, während dieselbe wertlose Sache abtrügen straflos bleibt. (2) Lauterburg (3) versucht bezüglich des letzteren Punktes einen Ausweg dahin, dass jede Sache, die als Eigentum besessen werde, auch wertvoll sei: „ Jede eigentumsfähige Sache, res in commercio, hat zugleich die Fähigkeit, einzeln oder mit anderen einen Vermögenswert auszumachen. Jede wird daher ohne weiteres zum Vermögensbestandteil, sobald sie in das Eigentum einer Person gelangt. " Indes diese Konstruktion tut den Tatsachen Gewalt an. Es gibt unzweifelhaft Eigentum an Sachen, die keinen Geldwert repräsentieren, und ob sie mit anderen Sachen zusammen einen Geldwert möglicherweise repräsentieren können, bleibt solange gleichgültig, als sie sich nicht in dieser erst wertschaffenden Verbindung befinden. (4)

Die strafrechtliche Doktrin, in gleichem Masse die Vertreter der subjektiven und der objektiven Theorie, halten an dem juristichen Charakter des strafrechtlichen Vermögens im Sinne von Inbegriff der Vermögensrechte fest. Die Praxis dagegen zählt zu den Handlungsobjekten des Betruges und der Erpressung auch noch andere Güter, die nicht als subjektive Rechte anzusehen sind. (5) Das gab schon Birkmeyer Anlass, die Delikte gegen das Vermögen in zwei Gruppen einzuteilen, von denen die erste das „ Vermögen im Rechtssinn, " die zweite dagegen das „ Vermögen im ökonomischen Sinn " als Schutzobjekt besitzt. (6) Noch einen Schritt weiter geht *Doerr*, der

---

(1) Archiv 47, S. 423.

(2) Cf. v. Liszt *Lehrbuch* 423, Frank § 242, N. I. Ebenso auch *Begründung zum Vorentwurf* 733 und A. 1. — Eine andere Meinung vertritt Meyer-Allfeld. siehe darüber N. 2. zu S. 27 dieser Arbeit.

(3) *Abgrenzung der strafbaren Vermögenszueignung* 190.

(4) Gegen Lauterburg auch Doerr *loc. cit.* 29 f.

(5) Cf. Doerr *loc. cit.* 18.

(6) In seinem *Grundriss des Strafrechts* (mitgeteilt bei Doerr *loc. cit.* 41 A. 1.) Cf. auch Wagner *Lehre von den Objekten des Verbrechens* 76, Kronecker (in Goltdammers Archiv 34, 408 — zitiert bei Binding Lehrbuch 239): „ Das Vermögen ist nicht wie das Eigentum ein zivilrechtlicher, sondern ein rein wirtschaftlicher Begriff. " Auch Hold v. Ferneck, *Rechtswidrigkeit* 335.

allgemein als das Schutzobjekt der Vermögensdelikte das Vermögen im wirtschaftlichen Sinn nachzuweisen sucht. (1) Er entwickelt seine Lehre auf Grund einer Polemik gegen die Schrift von Gebauer über den Diebstahl an wertlosen Sachen. Gebauer erklärt den Diebstahl einer wertlosen Sache für strafbar und begründet dies damit, dass der Diebstahl ein Verbrechen „ gegen das formale Eigentumsrecht " sei (17). Dieser sog. Eigentumsdeliktstheorie stellt Doerr seine Vermögensdeliktstheorie gegenüber, nach der der Diebstahl an einer wertlosen Sache nicht strafbar sein soll, weil der Diebstahl in erster Linie gegen das Vermögen gerichtet sei, seine Kriminalisierung den Schutz vermögensrechtlicher Interessen bezwecke, ein vermögensrechtliches Interesse aber nur bestehe an Gegenständen, die einen Vermögenswert darstellten.

Gegen Doerr ist der oben bereits gegen Fischer gemachte Einwand zu erheben, dass seine Einführung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs methodisch nicht richtig ist, indem der Nachweis fehlt, dass der wirtschaftliche Vermögensbegriff für das Strafrecht richtig und brauchbar ist. (2)

Die Lehre Doerrs hat den Vorzug, dass sie für sämtliche Vermögensdelikte ein gleiches Schutzobjekt statuieren kann. Wer dagegen als Schutzobjekt das Vermögen im juristischen Sinne ansieht, muss mit Binding eine „ anormale " Gruppe von Vermögensdelikten

---

(1) *Loc. cit.* 19, 21, 30, 55, 98.

(2) Doerr geht davon aus: „ Anstatt das Schwergewicht auf diese rechtliche Organisation (d. i. des juristischen Vermögens) zu legen, kehren Strafrecht und Schadenersatzrecht den ökonomischen Gesichtspunkt hervor und begnügen sich, für das ökonomische Interesse irgend eine rechtliche Basis zu fordern „ (17). Das strafrechtlich relevante Vermögen ist aber nicht, wie man danach annehmen könnte, gleich dem juristich-ökonomischen Vermögen, sondern zu den Vermögensbestandteilen gehören ausserdem „ gewisse wirtschaftliche Vorteile, welche nicht eigentlich Gegenstand resp. Inhalt eines Rechts sind, sobald sie nur in einem gewissen Zusammenhange mit der Machtsphäre der Person stehen " (18). Das Resultat wird dann (19) dahin bestimmt: „ dass wir im Strafrecht unter „ Vermögen " ausschliesslich das ökonomische Vermögen als Inbegriff von geldwerten Gütern verstehen müssen. " Ist diese Schlussfolgerung wirklich zwingend? Näher gesagt: ist nicht zwischen dem „ juristisch-ökonomischen " und dem „ ökonomischen " Vermögen noch eine Mittelstufe möglich?

annehmen, die „ nicht Vermögensrechte zu Angriffsobjekten besitzt " (1). Die Vertreter der herrschenden Lehre müssen sogar drei verschiedene Schutzobjekte der Vermögensdelikte annehmen. So unterscheidet Daniels (2) zunächst zwei Klassen von Vermögensdelikten, als deren Angriffsobjekte er „ das Rechtsgut des Vermögens im rein juristischen Sinn " und „ das Rechtsgut des Vermögens im juristisch-ökonomischen Sinn " nennt, anerkennt dann aber noch eine dritte Gruppe Vermögensdelikte, die gegen „ das Vermögen im rein wirtschaftlichen Sinn " gerichtet sind.

Die Frage, ob auch die Schulden zum Vermögen im Sinne des Strafrechts gehören, wird verschieden beantwortet. Dagegen z. B. Gebauer *loc. cit.* 14, Lauterburg *loc. cit.* 185, Doerr *loc. cit.* 28; dafür Binding *loc. cit.* 239, Vermögensschädigung bei Betrug 359 ff. Meist allerdings wird die Frage gar nicht erörtert.

---

(1) *Lehrbuch* 499, 239.
(2) *Verbrechen des unlautern Wettbewerbs* 59 ff.

Hauptteil.

I. Die Aufgabe.

Die kurze Uebersicht über die Lehre vom Vermögensbegriff hat eine nicht geringe Zwiespältigkeit der Lehrmeinungen aufgezeigt. Wichtiger noch erscheint mir, dass kaum ein Versuch gemacht worden ist, über die Grundfragen eine Auseinandersetzung herbeizuführen und auf diesem Wege eine Verständigung anzubahnen. Die Frage z. B. ob der Geldwertcharakter der Bestandteile für den Vermögensbegriff bestimmend sei oder nicht, wird wohl nicht entschieden werden können, wenn nicht das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftsleben in seiner allgemeinen Bedeutung geprüft wird. Gerade diese Frage besitzt auch für die Praxis eine immerhin nicht ganz unerhebliche Bedeutung.

Das *Wort Vermögen* findet sich in unseren Gesetzen an zahlreichen Stellen. (1) Die Aufgabe der folgenden Untersuchung ist die Bestimmung der Vorstellung, welche durch das Wort „ Vermögen " im Gesetze bezeichnet wird, die *inhaltliche Ausdeutung des Begriffs „ Vermögen "*, wie ihn die Gesetzessprache verwendet. (2) Es soll

(1) Das BGB z. B. verwendet das Wort „ Vermögen " in 168 §§ und 12 artt. des Einführungsgesetzes, das HGB in 49 §§, das GVG in 5 §§, die CPO in 41 §§, die KO in 32 §§, das StGB in 15 §§, die StPO in 8 §§, das Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag in 8 §§ usw. usw.

(2) Der Vermögensbegriff soll also als „ interpretativer " Begriff, nicht „ frei " bestimmt werden. Betreffs dieser Unterscheidung cf. Binder, *Vermögensrecht und Gegenstand* 211, *Gegenstand* 24 ff., 37.

festgestellt werden der Vermögensbegriff, der von dem geltenden Reichsrechte verwendet wird. Mit dieser Beschränkung ist materiell verbunden eine Beschränkung der Untersuchung auf das Vermögen der privaten Rechtssubjekte, während die Betrachtung der Erscheinungen, welche das Vermögen der Rechtssubjekte des öffentlichen Rechts (Staat, Kirche, Selbstverwaltungskörper) betreffen, ausscheidet.

Der *Rechtsbegriff* des Vermögens ist zu bestimmen. Rechtsbegriffe im weitesten Sinne sind alle diejenigen Begriffe, die als Bestandteile eines Rechtssatzes vorkommen. Unter den Rechtsbegriffen unterscheidet *Zitelmann* (1) zwei bezw. drei Arten: „ Es gibt einmal solche, die das Recht lediglich selbst schafft, die nirgends anderswo in der Welt eine Heimat haben als auf juristischem Boden; kein anderes Vorstellungsgebiet verwertet sie: sie sind rein juristische, reine Rechtsbegriffe... Diesen reinen Rechtsbegriffen gegenüber steht eine zweite Art von Rechtsbegriffen: solche die auch ausserhalb der Jurisprudenz gelten, die also von der Jurisprudenz nicht (oder wenigstens nicht völlig) geschaffen, sondern vorgefunden werden. Bei Aufnahme solcher Begriffe kann das Recht einen zweifachen Weg einschlagen: 1. Entweder es verwandelt den faktischen Begriff in einen juristisch-technischen, indem es ihm vorhandene Merkmale nimmt oder neue zusetzt, von deren Dasein dann die juristische Relevanz des Begriffs abhängig ist. Man denke z. B. an die Persönlichkeit im juristischen und faktischen Sinne, an die Ehe im Gegensatz zur dauernden Geschlechtsgemeinschaft. 2. Oder das Recht nimmt ohne weitere Verwandlung den Begriff in der Umgrenzung und Gestalt auf, wie ihn das Leben selbst darbietet. Dieses Verfahren hat vielfach grosse Vorzüge. Denn es ermöglicht der Rechtsordnung, sich den Fortschritten der Wissenschaft und der Praxis anzuschliessen, ohne in die Lage versetzt zu sein, sich fortdauernd durch neue Satzungen ändern zu müssen. " Letztere Bemerkung deutet an, dass Zweckmässigkeitsgründe das Recht veranlassen, von der Statuierung

(1) *Irrtum und Rechtsgeschäft* 17 f. — Cf. auch Binder, *Vermögensrecht und Gegenstand* 211.

juristisch-technischer Begriffe abzusehen. Es mag dazu bemerkt werden, dass umgekehrt Zweckmässigkeitsgründe die juristisch-technische Formulierung gerade wünschenswert erscheinen lassen können. Jede Unklarheit der rechtlichen Bestimmungen wird ja eine ewig und reichlich strömende Quelle von Prozessen. Ernstere Prüfung verdient die Frage, ob nicht aus Erwägungen grundsätzlicher Natur für gewisse Vorstellungsgebiete die einfache Uebernahme von Begriffen aus dem Wissensschatze der diese Gebiete speziell untersuchenden Doktrinen in die Zahl der Rechtsbegriffe ausgeschlossen und damit die Statuierung juristisch-technischer Begriffe notwendig sein kann. Diese Frage in ihrem ganzen Umfange zu untersuchen, kann hier nicht Aufgabe sein. Eine Feststellung jedoch muss ausgesprochen werden. Da die Rechtsordnung die Aufgabe hat, das soziale Zusammenleben und Zusammenwirken der Menschen zu regeln, also die Erscheinungen desselben zu beurteilen und in dem Rechte entsprechende und nicht entsprechende zu scheiden, so ergibt sich notwendig, dass die dem Gebiete des sozialen Seins angehörigen Vorstellungen nicht aus der Sozialwissenschaft in die Rechtswissenschaft einfach übernommen werden können, sondern eine juristisch-technische Gestaltung erfahren müssen. Die Beispiele Zitelmanns (Persönlichkeit, Geschlechtsgemeinschaft) sind bezeichnenderweise beide hierher gehörig. Weiter ist hierhin zu zählen der Besitzbegriff. (1)

Zu welcher dieser drei Klassen von Rechtsbegriffen ist der Vermögensbegriff zu zählen? Birkmeyer fasste ihn als reinen Rechtsbegriff auf; ist aber die Ansicht richtig, dass das Recht den wirtschaftlichen Vermögensbegriff verwende, so müssen wir ihn in die Klasse der unverändert übernommenen Begriffe einreihen. Eine Entscheidung der Frage ist hier noch nicht möglich.

---

(1) Cf. Goldschmidt, *Grundlagen der Besitzlehre* 49: „ Die Rechtswissenschaft operiert nicht lediglich formulierend und analysierend mit fertigen Rechtsbegriffen, sondern sie schafft vor allem dieselben aus den Elementarbegriffen, welche allem positiven Rechtssatz in Gewohnheit und Gesetz zu Grunde liegen. Ein solcher elementarer und zwar unmittelbar aus dem Tatbestand des menschlichen Zusammenlebens geschöpfter, ein gesellschaftlicher (sozialer) Urbegriff ist der Besitzbegriff. " — Zu vergleichen auch Meumann *Prolegomena* 31.

Der Vermögensbegriff soll bestimmt werden. Ist denn der juristische Vermögensbegriff nur einer, so dass überall, wo das Gesetz das Wort „ Vermögen " verwendet, derselbe Begriff einzusetzen ist, oder gibt es vielleicht mehrere, verschiedene rechtliche Vermögensbegriffe, indem das Gesetz mit dem Wort „ Vermögen " in verschiedenen Rechtssätzen verschiedenartige Vorstellungen verbindet? (1) Dass nur ein Vermögensbegriff möglich sei, behauptete z. B. Birkmeyer (167), ihm ist jedoch sofort von Pernice (259) und Mandry (362) widersprochen worden. (2)

Birkmeyer wäre indes m. E. beizutreten, wenn der Vermögensbegriff, wie er annahm, ein reiner Rechtsbegriff wäre. Die reinen Rechtsbegriffe sind nur als ein Begriff möglich, denn sie werden bestimmt als Antwort auf die Frage: wie ist der Begriff zu denken, damit alle auf denselben sich beziehenden Normen zu einer widerspruchslosen Einheit zusammengefasst werden? (3) Bei den entlehnten Rechtsbegriffen ist die Betrachtungsweise des herrschenden Vorstellungsgebiets dafür massgebend, ob mit dem betreffenden Worte nur eine oder mehrere Vorstellungen verbunden sind. Bezüglich der juristisch-technischen Begriffe ist zu sagen, dass eine Mehrheit der Vorstellungen möglich ist, weil die Rechtszwecke, die die technische Gestaltung des Begriffs verlangen, an verschiedenen Orten verschieden sein und damit auch eine verschiedene technische Gestaltung bedingen können.

Der Untersuchung des rechtlichen Vermögensbegriffs, wie ihn

---

(1) Die Frage, ob der privatrechtliche Vermögensbegriff auch für das Strafrecht massgebend sei, wird später erörtert werden.

(2) Binder *Gegenstand* 24 f. leugnet einen einheitlichen Vermögensbegriff des positiven Rechts: „ Solche Rechte sind Vermögen im Sinne des § 1922 B. G. B., der Zivilprozessordnung, der Konkursordnung, bei denen die Anwendung bestimmter Rechtsnormen dieser Gesetze sich als zweckmässig und vernünftig erweist und deshalb der Tendenz dieser Gesetze entspricht. Es lässt sich daher nicht behaupten, dass Vermögensrechte im Sinne *eines* Gesetzes auch Vermögensrechte im Sinne eines anderen sein müssen; oder mit anderen Worten: es gibt keinen einheitlichen Vermögensbegriff des positiven Rechts. So ist es denkbar, dass der Vermögensbegriff des Erbrechts ein anderer ist, als der des ehelichen Güterrechts u. s. w. " Ebenso ders. *Vermögensrecht und Gegenstand* 240 f.

(3) Fragestellung nach Jellinek *System der subjektiven öffentlichen Rechte* 16.

unsere Gesetze verwenden, wird zweckmässig vorgearbeitet werden durch eine Erörterung des *wirtschaftlichen Vermögensbegriffs* und des Verhältnisses von *Rechtsordnung und Wirtschaftsleben*.

II. Der wirtschaftliche Vermögensbegriff.

1. Die Wirtschaftslehre.

Was verstehen wir unter „ Vermögen " *ausserhalb* des Rechtslebens? Fragen wir zunächst den Sprachgebrauch des täglichen Lebens, so weist er uns darauf hin, dass wir das Wort Vermögen verwenden in einem technischen Sinne, nämlich als ein „ Vermögen ", ein Können, eine Macht auf dem Gebiete des *Wirtschaftslebens*. (1) Worin aber im einzelnen dieses Können bestehe, wie es in genauer Umgrenzung festzustellen sei, darüber finden wir hier keine genügende Aufklärung. Der gewöhnliche Sprachgebrauch braucht diese Feststellungen nicht, denn für ihn kommt das Vermögen nur in Betracht als ein besonders hervorragendes Vermögen, gleichbedeutend mit Wohlstand oder Reichtum. Wenn man im übrigen von Vermögen spricht, geschieht es mit Bezug auf rechtliche Verhältnisse (Konkurs, Erbfall, Steuer); diese Fälle bleiben hier natürlich ausser Betracht.

„ Vermögen " ist ein Vermögen auf wirtschaftlichem Gebiete — das weist uns den Weg zu der Stelle, wo wir wissenschaftliche Erkenntnis über den Vermögensbegriff zu finden hoffen dürfen. Die Wirtschaftslehre ist berufen, die Erscheinungen des wirtschaftlichen Lebens darzustellen und zu erklären, die wirtschaftlichen Begriffe zu bestimmen und auszudeuten.

Ein Bedenken muss zunächst ausgeräumt werden. Nur dann ist es möglich und hat es für unsere Betrachtung Wert, den wirtschaftlichen Vermögensbegriff festzustellen, nur dann werden wir neue Erkenntnis

(1) Cf. Binder, *Vermögensrecht und Gegenstand* 250 ff.

finden, wenn die Wirtschaftslehre eine von der Jurisprudenz unabhängige Wissenschaft ist, wenn ihre Feststellungen nicht durch rechtliche Erscheinungen bedingt und determiniert sind.

Die neuere Wissenschaft hat sich der besonders von *Stammler* (1) eingehend begründeten Lehre angeschlossen, welche das Verhältnis von Recht und Wirtschaft auffasst als „ das von *Form und Stoff des sozialen Lebens* ". (2) Hierauf fussend führt *Berolzheimer* aus: „ Die Wirtschaftslehre hat es. . zu tun mit dem rechtlich organisierten Menschen... Die Volkswirtschaft als geschlossene selbständige Einheit deckt sich mit dem Staate als der Rechtseinheit, die Wirtschaftsglieder fallen zusammen mit den Staatseinwohnern; die Wirtschaftssubjekte fallen zusammen mit den Rechtssubjekten; die Wirtschaftsobjekte sind zugleich (aktuell oder potentiell) Rechtsobjekte. Wirtschaft und Recht verhalten sich wie Inhalt und Form, wie Kern und Schale. Daher ist die Nationalökonomie nicht die Lehre von der planmässigen Befriedigung menschlicher Bedürfnisse, sondern die Lehre von der materiellen Seite der Rechtsverhältnisse... Aus dem Fundamentalsatze, dass die Wirtschaft den materiellen Inhalt der Rechtsverhältnisse (im weitesten Sinne, gleich rechtlich geordnete Lebensverhältnisse) darstellt, ergibt sich die Untrennbarkeit — ich möchte sagen: die begriffliche Reziprozität von Wirtschaft und Recht " (3). Aus dieser Prämisse ergibt sich für Berolzheimer weiter, dass es nur einen Vermögensbegriff gibt, und zwar einen juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff. „ Was der einzelne als Rechtssubjekt vermag, ist nichts anderes, als was wir

---

(1) *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung* 1896. Knapp resümiert: *Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft* in *Systematische Rechtswissenschaft.*

(2) Stammler, *Wesen des Rechts* XXX, cf. Jung, *Von der „ logischen Geschlossenheit " des Rechts* 137: „ Es darf seit den Ausführungen Stammlers als ausgemacht gelten, dass man eine soziale Erscheinung unter Abstraktion von jeder Regelung, als rein tatsächlich überhaupt nicht betrachten kann. " Berolzheimer, Archiv für Rechts - und Wirtschaftsphilosophie 1907, 133: „ Von bleibendem Werte ist aus Stammlers Forschung die Betonung des engen Zusammenhanges zwischen Recht und Wirtschaft. " Auch Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre* I, 16 f.

(3) *Das Vermögen* 438 ff.

objektiviert, von der Person des Rechtsträgers abgelöst, bezeichnen als: das Vermögen. Was sich *formal-juristisch* als der *Komplex von subjektiven Rechten* des einzelnen darstellt, bildet *materiell oder juristisch-ökonomisch sein Vermögen*. Das Vermögen ist somit der *juristisch-ökonomische Grund-und Hauptbegriff*. " (1) Der Begriff des wirtschaftlichen Guts, der Ausgangspunkt der Wirtschaftslehre, ist für Berolzheimer bestimmt durch den Begriff des Rechtsobjekts: „ Der Begriff des „ Gutes " kann sich bei der Menschheit erst einstellen, wenn sie zur Bildung rechtswirtschaftlicher Verbände fortgeschritten ist. Dann erweisen sich aber die Wirtschaftsobjekte ihrem Wesen nach nicht als Bedarfsbefriedigungsmittel, vielmehr koinzidieren sie mit den Rechtsobjekten... Die Wirtschaftsgüter sind ihrem Wesen nach der materielle Inhalt der subjektiven Rechte, koinzidieren mit den Rechtsgütern, bilden den Kern der echten Privatrechte. Der Grundbegriff der Wirtschaft ist daher objektiv (unter Loslösung von der subjektiven Beziehung zu dem Rechtsträger oder Vermögenden betrachtet) nicht ein rein ökonomischer — das Gut, sondern ein juristisch-ökonomischer — das Rechtsgut. Verlässt man die objektive, von der Person des Rechtsträgers absehende Betrachtungsweise und verknüpft das Rechtsgut mit der Person des Berechtigten, so erhält man als den Begriff des Gutes den „ Vermögensbestandteil. " Was Bestandteil des Vermögens im rechtswirtschaftlichen Sinne sein kann, erscheint objektiviert als Gut. " (2)

Wenn ich mich mit den Ausführungen Berolzheimers nicht einverstanden erklären kann, so soll natürlich nicht bestritten werden, dass „ sich Recht und Wirtschaft nicht als zwei selbständige Gegenstände, nach Art von Erscheinungen im Raume, gegenüber "

---

(1) *Eod. l.* 441.

(2) *Eod. l.* 447. — Auch von nationalökonomischer Seite wird eine Anlehnung der Wirtschaftslehre an die Rechtswissenschaft befürwortet. So begrenzt Neumann *Grundlagen der Volkswirtschaftslehre* den Charakter der wirtschaftlichen Handlung dahin, dass der Erwerb in das Vermögen im rechtlichen Sinne übergehen müsse (26), und weiter knüpft er die Bestimmung des Begriffs des wirtschaftlichen Gutes an Momente rechtlicher Art an (66).

stehen, sondern sie bedeuten in Wahrheit „ zwei notwendig verbundene Elemente eines und desselben Gegenstandes ". (1) Und ebenso ist anzuerkennen, dass „ die soziale Wirtschaft nur unter der Bedingung einer bestimmten rechtlichen Ordnung zu erwägen möglich " ist. (2) *Nicht richtig* aber erscheint mir, dass Berolzheimer diese Verbindung von Recht und Wirtschaft erweitert zu einer *Identität* von Rechtsleben und Wirtschaftsleben, Rechtsordnung und Wirtschaftsordnung. Die Koinzidenz der Gebiete der wirtschaftlichen Einheit und der rechtlichen Einheit kann bestehen, braucht aber nicht notwendig zu bestehen. (3) Ebenso fragwürdig ist die Koinzidenz einmal der Wirtschaftssubjekte und der Rechtssubjekte — man denke an die Sklavereiverhältnisse —, dann der Wirtschaftsobjekte und der Rechtsobjekte. Am wichtigsten aber ist, dass für das soziale Zusammenwirken der Menschen durchaus nicht allein die Rechtsregeln bestimmend sind. Als Arten der äusseren Regelung treten hinzu das konventionale und das willkürliche Wollen. (4) Wo will Berolzheimer die grosse Zahl von Erscheinungen im Wirtschafsleben eingliedern, die durch ein der rechtlichen Regelung widerstreitendes Wollen der Wirtschaftssubjekte hervorgerufen werden? Wenn die Wirtschafslehre die Aufgabe hat, die tatsächlichen Erscheinungen auf dem Gebiete des wirtschaftlichen Handelns zu beschreiben und zu erklären, so muss sie ihre Untersuchung auf *alles* wirtschaftliche Handeln ausdehnen. So gut wie ihr jede ethische Beurteilung fern bleiben muss (5), darf sie auch nicht ihre Feststellungen darauf beschränken oder davon abhängig machen, dass ein dem Rechte gemässes Handeln vorliegt. Ihre

---

(1) Stammler *loc. cit.* XXXI.

(2) *Eod. l.* XXXI.

(3) Der Ausdruck „ Volkswirtschaftslehre " erscheint mir wenig angemessen. Besser die von *Dietzel* vorgeschlagene Bezeichnung „ Sozialökonomik " oder Sozialwirtschaftslehre.

(4) Stammler *loc. cit.* XXIX, XXII ff.

(5) Cf. Oswalt, *Wirtschaftliche Grundbegriffe* 71 f. — Eine gewisse Einseitigkeit ist ihr infolgedessen nicht abzusprechen, aber in dieser Einseitigkeit liegt ihre, einzige Möglichkeit begründet. Cf. Dietzel *Theoretische Sozialökonomik* I, 25 ff, 82 f.

Feststellungen, die sie durch Abstraktion von den konkreten Tatbeständen gewinnt, umfassen sowohl die Fälle, in denen das wirtschaftliche Handeln rechtlich gebilligt ist, wie auch die Fälle, in denen es dem Willen der Rechtsordnung nicht entspricht, wie endlich auch die Fälle, die von der rechtlichen Regelung nicht betroffen werden. Daraus ergibt sich, dass die Begriffe, die sie definiert, *nicht* mit den Rechtsbegriffen übereinzustimmen brauchen, sie können, ja sie müssen unter Umständen von diesen verschieden sein. Und selbst wenn sie übereinstimmen, ist doch der Weg, auf dem sie gefunden werden, ein verschiedener. Die Rechtswissenschaft entnimmt ihr Tatsachenmaterial den rechtlichen Tatbeständen, die Wirtschaftslehre den Erscheinungen des Wirtschaftslebens. Das Wirtschaftsleben ist zu erheblichem Teile beeinflusst durch die Rechtsordnung, diese Einwirkungen findet die Wirtschaftslehre unter dem ihrer Untersuchung unterliegenden Tatsachenmaterial vor. Und nur in diesem Sinne sind die Feststellungen der Wirtschaftslehre bedingt durch das Recht, im übrigen ist sie von der Rechtswissenschaft völlig unabhängig. Die Wirtschaftslehre ist sonach in der Lage und berufen, einen *rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff* zu bestimmen.

Der Vermögensbegriff der *Privatwirtschaft* sol bestimmt werden, und zwar muss er bestimmt werden im Lichte *privatwirtschaftlicher Betrachtung*. Es kommt uns ja darauf an, die Vergleichung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs mit dem juristichen Vermögensbegriff zu ermöglichen. Der juristische Vermögensbegriff aber ist zu bestimmen im Hinblick auf die Privatwirtschaft, denn „ das Privatrecht regelt die Verhältnisse zwischen einzelnen Wirtschaften, welche einzeln und in der Summe sich von der Volkswirtschaft gründlich unterscheiden. " (1)

---

(1) v. Petrazycki, *Lehre vom Einkommen* I 35; cf. auch *ibidem*: „ Die wichtigsten Begriffe der Wirtschaftslehre: Kapital und Einkommen bedeuten verschiedene Erscheinungen, je nachdem wir von der einzelnen. Wirtschaft oder von der Volkswirtschaft sprechen. " — Es mag hier bereits betont werden, dass die Erörterungen über das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschafsleben die privatwirtschaftliche, nicht die sozialwirtschaftliche Betrachtung zum Ausgangspunkte nehmen müssen.

Für die privatwirtschaftliche Betrachtung sind die Feststelluugen der Sozialwirtschaftslehre nicht unter allen Umständen massgebend. Je nach dem Standpunkt des Beschauers verändert sich das Bild. Die Sozialwirtschaftslehre bedeutet gegenüber der privatwirtschaftlichen Betrachtung eine höhere Stufe der Abstraktion. Erscheinungen, die für die Privatwirtschaft bedeutsam sind, lässt die Sozialwirtschaftslehre gänzlich unberücksichtigt, dagegen betrachtet sie Zusammenhänge und Tatsachenreihen, welche die privatwirtschaftliche Untersuchung nicht sieht. So muss die Betrachtung der wirtschaftlichen Erscheinungen vom Standpunkte der Privatwirtschaft teilweise ganz andere Resultate ergeben als die Betrachtung des das Wirtschaftsleben einer Gesamtheit von Privatwirtschaften und Gemeinwirtschaften als Ganzes beurteilenden Forschers. Während z. B. die Sozialwirtschaftslehre die wirtschaftlichen Tatsachen unter die vier Grundtypen der Produktion, der Distribution, der Cirkulation und der Konsumtion eingliedert, ([1]) hat für die privatwirtschaftliche Betrachtungsweise diese Einteilung keinen Sinn. Für sie kommen nur Erwerb (Produktion, dazu Sicherung und Verwaltung) und Nutzung (Konsumtion, Genuss) in Betracht. Die Unterscheidung privatwirtschaftlicher und sozialwirtschaftlicher Betrachtungsweise lässt uns die bekannte Streitfrage entscheiden, ob die sog. immateriellen Leistungen, die „ persönlichen Dienste ", wirtschaftliche Güter und damit „ Gegenstand der Wirtschaftstheorie " seien. ([2]) Vom Standpunkte der Privatwirtschaft aus zu bejahen, ist die Frage für die Sozialwirtschaft zu verneinen. Die „ persönlichen Dienste " sind privatwirtschaftlich produktiv, sozialwirtschaftlich nicht produktiv, vielmehr bei den Erscheinungen der Distribution unterzustellen. ([3])

Dies verkannte Dankwardt in seinen Untersuchungen *Nationalökonomie und Jurisprudenz* Rostock 1857, 1858 und *Nationalökonomisch-zivilistische Studien* Leipzig 1862, 1869. M. E. liegt darin zum Teil auch begründet, dass seine Untersuchungen so wenig Erfolg gehabt haben.

(1) Dietzel *loc. cit.* 121.

(2) *Ibidem* 167 ff.

(3) *Ibidem* 174.

Der Vermögensbegriff wird in den Systemen der Sozialwirtschaftslehre bei der Lehre von den sog. *Grundbegriffen* erörtert. Die hier gegebenen Definitionen (1) weisen eine nicht geringe Verschiedenheit auf, hauptsächlich resultierend aus den Differenzen über den Begriff des wirtschaftlichen Gutes. Es ist zu bemerken, dass diese Differenzen betreffs der Begriffe „ wirtschaftliches Gut " und „ Vermögen " in dem System der Wirtschaftslehre keine Schwierigkeiten hervorrufen. Daraus ist wohl der Schluss zulässig, dass diese Grundbegriffe gar nicht eigentliche Grundbegriffe der Sozialwirtschaftslehre sind.

Unter den wirtschaftlichen Tatsachen unterscheidet man *natürliche* und *soziale Kategorien*. Natürliche Kategorien sind die Kategorien von „ Beständen und Bewegungen, welche als dem Wesen nach konstante Elemente des sozialwirtschaftlichen Seins und Geschehens von der Verschiedenheit der Wirtschaftsverfassungen nicht berührt werden. " (2) Dagegen sind soziale Tatsachen diejenigen, welche bedingt sind durch die bestehende soziale Ordnung, „ nur die Konsequenz der gegenwärtig bestehenden gesellschaftlichen Satzungen " darstellen. (3) Unter den natürlichen Tatsachen sind zwei Gruppen zu unterscheiden: Tatsachen, die mit der Natur des Menschen als Wirtschafters, mit dem naturnotwendigen „ Verhältnis zwischen Mensch und Materie " (4) gegeben sind, (5) und Tatsachen, die in dem Wesen des sozialen Zusammenwirkens, — gleich in welcher Form dieses stattfindet — begründet sind. Die Erörterung

---

(1) *Dietzel* definiert den Vermögensbegriff nicht.

(2) Dietzel *loc. cit.* 118; cf. Oswalt *Grundbegriffe* 5 f.

(3) Oswalt *loc. cit.* 6; cf. Dietzel *loc. cit.* 120.

(4) Dietzel *loc. cit.* 118.

(5) Sie tragen nicht sozialen Charakter, ihre Betrachtung ist aber deswegen erfordert, weil sie erst das soziale Zusammenwirken verständlich machen. Ihre prägnante Herausstellung verfolgen viele Wirtschaftstheoretiker mit dem Beispiel der isolierten Privatwirtschaft, der Robinsonwirtschaft. Der Tadel dagegen (cf. Berolzheimer *loc. cit.* 437, Sternberg *Allgemeine Rechtslehre* I, 17) geht fehl, wenn durch dieses Beispiel nur die in der Natur des wirtschaftenden Menschen begründeten wirtschaftlichen Tatsachen erläutert werden sollen, es also vermieden wird, aus ihm die sozial bedingten Erscheinungen erklären zu wollen. Dieser Fehler wird m. E. begangen, wenn das Robinsonbeispiel die Enstehung des Kapitalbegriffs erläutern soll.

der natürlichen Kategorien verweist Dietzel in den „ Allgemeinen Teil ", die der sozialen Kategorien in den „ Besonderen Teil ".

Wir haben also natürliche — wirtschaftliches Bedürfnis, wirtschaftliches Gut, *Vermögen* usw. — und soziale Grundbegriffe der Sozialwirtschaftslehre — Wert, Kapital (1) usw. M. E. sind die eigentlichen Grundbegriffe der Sozialwirtschaftslehre nur die letztgenannten. Die Erörterung der natürlichen Grundbegriffe ist aber deshalb notwendig, weil sie die Grundtatsachen für die Entstehung der sozialen Grundbegriffe darstellen.

Die natürlichen Grundbegriffe sind zugleich die Grundbegriffe der privatwirtschaftlichen Betrachtung. Es mag die Vermutung ausgesprochen werden, der aber an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden kann, dass die natürlichen Grundbegriffe ausschliesslich privatwirtschaftliche Begriffe sind, und dass demgemäss der „ Allgemeine Teil " der Sozialwirtschaftslehre zweckmässig eine Darstellung der Privatwirtschaft zu enthalten hätte. Manche Differenzpunkte der Doktrin würden dann, wie mir scheinen will, verschwinden. Vor allem dürfte auch der überaus strittige Begriff des Gebrauchswerts — der m. E. der Privatwirtschaftslehre angehört — damit vielen Schwierigkeiten entrückt werden.

Die Bestimmung des Vermögensbegriffs setzt voraus eine kurze Darstellung der wichtigsten Erscheinungen der Privatwirtschaft. Denn der Vermögensbegriff ist als Summe, Zusammenfassung ein *abgeleiteter* Begriff, und ehe wir ihn feststellen können, müssen wir die Elemente kennen, aus denen er zusammengesetzt ist. Wenn die folgenden Erörterungen von der hergebrachten Wirtschaftstheorie abweichen, so ist die Erklärung dafür im Vorstehenden gegeben.

---

(1) Dietzel *loc. cit.* 121 rechnet den Kapitalbegriff unter die natürlichen Kategorien. M. E. zu Unrecht.

2. Die wirtschaftlichen Grundbegriffe.

a. *Wirtschaftliches Bedürfnis und wirtschaftliches Gut.*

„ Dass ein Bedürfnis jedes auf Erzeugung von Lust und Abwehr von Unlust gerichtetes Begehren ist, und dass in der Verfolgung dessen der empirische Verlauf des menschlichen Lebens ohne Rest aufgeht, kann hier als einfache und sichere Unterlage von uns vorausgesetzt werden. " (1) Zahllos, verschieden und ewig wechselnd sind die Bedürfnisse, die Motive der Menschen und ihrer Handlungen — „ konstant ist nur eines: den Zweck jeder Handlung — Bedürfnisbefriedigung — zu erreichen. " (2) Der Bedürfnisse der Menschen sind unzählige. Manche davon sind mit der physischen Natur gegeben, andere werden wachgerufen durch das soziale Zusammenwirken der Menschen oder durch die Kultur. Von anderer Seite betrachtet können wir unterscheiden materielle und immaterielle Bedürfnisse, weiter sie unterscheiden nach ihrer ethischen Qualifikation in sittliche, unsittliche, indifferente.

Mit dem Bewusstwerden des Bedürfnisses ist naturgemäss gegeben das Begehren, den empfundenen Mangel zu beseitigen, und wenn die Lustwirkung geknüpft ist an das Verhalten eines ausserhalb der eigenen Person existierenden Objekts, weiter das Interesse an diesen Objekten. (3) Als solche sind nun für den Menschen besonders wichtig

---

(1) Stammler, *Wirtschaft und Recht* 141; Mauczka, *Rechtsgrund des Schadenersatzes* 22.

(2) Dietzel *loc. cit.* 18.

(3) Cf. Gareis *Rechtsenzyklopädie* 19: „ Die Interessen, tatsächlich genommen, entspringen unmittelbar aus dem Egoismus und sind nichts anderes als die subjektiv empfundenen, aus dem Bedürfnis entsprungenen Beziehungen zwischen dem das Bedürfnis fühlenden Menschen und dem Objekt, nach welchem das Bedürfnis besteht und empfunden wird, dem Objekte, durch welches (d. i. durch dessen Gebrauch oder Verbrauch) das Bedürfnis wirklich oder mutmasslich ganz oder teilweise befriedigt werden soll oder wird. " Auch Sternberg *Allgemeine Rechtslehre* I 15, Jellinek *System* 43: „ Ein Interesse ist ein Gut nach der subjektiven Wertschätzung für die menschlichen Zwecke. Was objektiv gefasst als Gut erscheint, wird subjektiv zum Interesse. "

die Dinge der ihn umgebenden äusseren Welt: Tiere, Pflanzen, Sachen im Sinne von Gegenständen der leblosen Natur, Naturkräfte. Auf diese Objekte ist er angewiesen zur Befriedigung einer ausserordentlich grossen Zahl von Bedürfnissen, natürlicher wie sozial bedingter und kultureller, materieller und immaterieller, sittlicher und unsittlicher Bedürfnisse.

Von den Objekten der uns umgebenden Natur sind einige derart, dass ihre Nutzung zur Befriedigung eines Bedürfnisses einem bestimmten Individuum vorbehalten und damit der Nutzung der übrigen entzogen sein kann. Es sind individuell beherrschbare Objekte. Zu diesen gehören an sich auch die Menschen, die im Zustande der Sklaverei ähnlich den Tieren Objekte fremder Herrschaft sind. Heute sind sie kraft positiver sozialer Satzung aus dem Kreise der beherrschbaren Objekte ausgeschieden. ([1]) Der Unterschied zwischen beherrschbaren und nicht beherrschbaren Objekten der äusseren Natur ist ein naturnotwendiger und beansprucht deshalb absolute Gültigkeit. ([2])

Hinsichtlich der beherrschbaren Objekte haben wir die Unterscheidung zu treffen, ob sie Gegenstand eines Interesse sind, das auf ihre Beherrschung abzielt, oder nicht. Ob nämlich tatsächlich bei irgend einem Menschen der Herrschaftswille besteht, das Ding seiner Verfügungsgewalt zu unterwerfen bezw. darin zu erhalten, hängt davon ab, ob die Brauchbarkeit des Objekts zu irgend einer Art von Bedürfnisbefriedigung vorhanden und als vorhanden von ihm erkannt ist. ([3]) Dinge dieser Art sind Gegenstand eines Interesses, die anderen nicht. Gibt es denn unter den heutigen Verhältnissen noch an sich beherrschbare Objekte, die nicht Gegenstand eines Interesse sind, in Betreff deren ein Unterwerfungswille nicht besteht? Wenn

---

(1) Cf. Neumann, *Grundlagen* 60.

(2) Auch für die juristische Behandlung. Cf. Dankwardt, *Nationalökonomie und Jurisprudenz* I, 13.

(3) Cf. v. Böhm-Bawerk *Rechte und Verhältnisse* 101: „ Alle Güter müssen ihrem Begriffe nach darin übereinkommen, dass sie fähig sind, mit der Befriedigung eines menschlichen Bedürfnisses in Kausalzusammenhang gebracht zu werden. "

die Frage verneint wird ([1]), so geschieht es m. E. aus Erwägungen, die der Sozialwirtschaftslehre angehören, vom Standpunkte privat wirtschaftlicher Betrachtung ist sie unbedingt zu bejahen. Für die einzelnen Privatwirtschaften gibt es unzweifelhaft Dinge, die absolut kein Interesse bei ihr wecken und betreffs deren der Wille des Erwerbens bezw. Behaltens nicht vorhanden ist.

Das Bedürfnis nach einem beherrschbaren Objekt der äussern Natur nun nennen wir *wirtschaftliches Bedürfnis* und das Objekt dieses Bedürfens bezw. Begehrens *wirtschaftliches Gut*. Als wirtschaftliche Güter bezeichne ich nur die *Objekte der Wirtschaft*. ([2 3 4]) „ Der Wirtschaft ": in Betracht kommt stets eine bestimmte Privatwirtschaft, für die das Objekt ein Gut ist, der Gutscharakter ist nach der subjektiven Wertung des bedürfenden Wirtschaftssubjekts zu bestimmen. Es gibt *keine absoluten wirtschaftlichen Güter*. Wenn ein bestimmtes Ding als wirtschaftliches Gut bezeichnet werden soll, so ist stets und notwendig dabei zu denken an ein bestimmtes Wirtschaftssubjekt, für das es Gut ist. ([5]) Die sozialwirtschaftliche

---

(1) Cf. Neumann *loc. cit.* 55 ff. Von juristicher Seite: Lauterburg, *Zur Abgrenzung der strafbaren Vermögenszueignung* 190.

(2) „ Gut " an sich ist ein formaler Ausdruck und darum bestgeeigneter Gegenstand für unfruchtbare Kontroversen. Es ist notwendig, ihm einen bestimmten materiellen Inhalt zu geben. Auf „ Richtigkeit " kommt es bei den Definitionen der Wirtschaftslehre nicht an, sondern auf „ Zweckmässigkeit "; cf. Neuman *loc. cit.* 99, 36, auch in *Schönbergs Handbuch* I 108, Oswalt: Oekonomie des wissenschaftlichen Sprachgebrauchs.

(3) Wirtschaftliches Bedürfnis definiert Dietzel als „ Bedürfnis der Menschen nach Herrschaft über die Materie, nach Herrschaft über die Sachenwelt " (25), als „ Bedürfnis nach Sachen " (156). Sache ist dann aber nicht zu beschränken auf körperliche Gegenstände, vielmehr sind auch Naturkräfte, z. B. Elektrizität, Objekte des wirtschaftlichen Bedürfnisses. Cf. Neumann *loc. cit.* 60.

(4) Der Ausdruck „ Gut " ist auch den römischen Juristen geläufig. Mit bona bezeichnen sie das juristische Vermögen. *Ulpian* unterscheidet bekanntlich I. 49 D 50, 16 eine bonorum appellatio naturalis aut civilis. Die appellatio naturalis wird seit *Birkmeyer* (Vermögen 15 ff) auf die wirtschaftliche Bedeutung des Wortes „ Gut " bezogen. Cf. Windscheid *Pandekten* I, 152, N. 3, Oertmann *Volkswirtschaftslehre des c. i. c.* 15. Ich halte diese Deutung nicht für richtig, sondern meine, dass der Jurist lediglich an die Bedeutung von „ Gut " im gewöhnlichen Sprachgebrauch, wie sie sich etymologisch ergibt, denkt. Ebenso anscheinend Dankwardt *loc. cit.* I 13.

(5) Cf. v. Böhm-Bawerk *loc. cit.* 18 und Oertmann *loc. cit.* 15: „ ... kommt

Betrachtung dagegen ignoriert die Zugehörigkeit des Gutes zu einer bestimmten Privatwirtschaft. Sie geht davon aus, welche Objekte regelmässig Gegenstand eines Interesse sind. Des weiteren bringt sie den Gut-Begriff in engen Zusammenhang mit dem Werterfordernis. So kommt sie dazu, als weiteres Erfordernis das der Seltenheit zu statuieren, die Tatsache, dass der Bedarf grösser ist als die verfügbare Menge. Damit ist weiter gegeben die Unterscheidung der sog. „ freien " von den wirtschaftlichen Gütern. Cf. *Zuckerkandl:* „ Es ist wichtig, die Sachgüter in nicht wirtschaftliche (freie) und in wirtschaftliche einzuteilen. Die freien Güter sind jene, welche in einer die absehbaren Bedürfnisse weit übersteigenden Menge vorhanden sind und jedermann frei zur Verfügung stehen... Die wirtschaftlichen Güter sind jene, welche in einer für den vorhandenen Bedarf nicht genügenden Menge gegeben sind. " (1) Für die Privatwirtschaft kann aber auch ein Objekt, das im Ueberfluss vorhanden ist, Interesse und damit Beherrschungswillen erwecken, man denke an Affektionsinteressen. Ist dieses Interesse vorhanden, so wird damit das Objekt zum wirtschaftlichen Gut. Das Moment der Seltenheit ist für die Privatwirtschaft nicht ausschlaggebend. Wenn bei der Kategorie der „ freien Güter " gedacht wird an Dinge wie Luft zum atmen und Sonnenlicht, so ist darauf hinzuweisen, dass als wirtschaftliche Güter nur die individuell beherrschbaren Objekte der äusseren Natur bezeichnet worden sind. (2)

---

keinem Gegenstand die Qualität des „ bonum " an sich zu, sondern erst durch seine Relation zu einer bestimmten Person, der er zugehört. Eine herrenlose Sache fällt nur unter den farblosen Begriff der res, während bona der typische Ausdruck für die einer Person zustehenden Objekte ist. " — Das Zweckmoment für den juristischen Begriff „ Sache " wird scharf betont von Jellinek *System* 23 f.: „ Was nicht zu menschlichen Zwecken in direkte, willkürliche Beziehung gebracht werden kann, fällt niemals unter den Begriff der Sache, wie z. B. die Himmelskörper... Ein organisches Naturprodukt, das menschlichen Zwecken überhaupt nicht dienen kann, figuriert nicht auf der Liste der Sachen ". Ebenso Schlossmann, *Vertrag* 293, Degenkolb, *Inhalt des Schadenersatzes* 57.

(1) In *Elster, Wörterbuch der Volkswirtschaft* I 983.

(2) Berolzheimer *Vermögen* 448 will die Unterscheidung „ freie und wirtschaftliche Güter " auch für seine „ juristisch-ökonomische Betrachtung " verwerten. Er bestimmt sie (in der Sache) dahin, dass freie Güter die sind, welche der Okkupation

Das wirtschaftliche Gut ist bestimmt worden als Objekt des wirtschaftlichen Bedürfnisses, und dieses durch das Objekt: beherrschbarer Bestandteil der äusseren Natur. ([1]) Diese Lehre ist nicht allgemein anerkannt, doch erscheint sie mir die einzige, welche eine restlose Subsumption der tatsächlichen Erscheinungen unter diese Grundbegriffe gestattet. Unrichtig erscheint mir zunächst die Beschränkung des wirtschaftlichen Bedürfnisses auf „ wahre " Bedürfnisse, wie z. B. *Roscher* ([2]) will. Wie sollen und können die „ wahren " Bedürfnisse von den übrigen geschieden werden? *Berolzheimer* ([3]) tadelt, dass der Begriff des Bedürfnisses von der Sozialwirtschaftslehre als Ausgangspunkt benutzt werde; dass dieser Ausgangspunkt verfehlt sei, gehe daraus hervor, dass man den Begriff des Bedürfnisses, um ihn verwenden zu können, auf dem Prokrustesbett so lange strecken und zerdehnen müsse, bis er umfasse: „ 1. das wirkliche Bedürfnis; 2. was irgend erstrebt, gewollt, begehrt wird und zugleich kein ernstliches Bedürfnis ist. " In dem hier vertretenen Sinne indes gibt der Ausdruck „ Bedürfnis " zu sachlichen Bedenken keinen Anlass. Wirtschaftliches Bedürfnis heisst das Bedürfnis nach Sachen; weshalb das Wirtschaftssubjekt die Sache haben und behalten will, ist hier ganz gleichgültig; ([4]) es kann sein das Interesse, persönliche

---

freigegeben sind. Seine Definition indes: „ Der juristisch-ökonomische Wesensunterschied der freien Güter gegenüber den wirtschaftlichen besteht darin, dass jene nur gebunden an einen juristisch-ökonomischen Vorgang Bestandteile des Vermögens sein oder werden können ", erscheint mir wenig glücklich; denn ganz ebenso wie die „ freien Güter " können auch die wirtschaftlichen Güter im Sinne Berolzheimers nur durch einen „ juristisch-ökonomischen Vorgang " zu Vermögensbestandteilen werden. Im übrigen scheint mir die Darstellung Berolzheimers rein rechtswissenschaftlichen Ursprungs zu sein, dagegen mit der sozialwirtschaftlichen Lehre keinen Zusammenhang zu besitzen.

(1) Cf. Dietzel *loc. cit.* 28, Zuckerkandl *loc. cit.* 983 ff., v. Philippovich *Grundriss* I, 4 ff., Fuchs *Volkwirtschaftslehre* 6 f.

(2) *Grundlagen* 2: „ Güter nennen wir alles dasjenige, was zur mittelbaren oder unmittelbaren Befriedigung eines wahren menschlichen Bedürfnisses anerkannt brauchbar ist. "

(3) *Vermögen* 444.

(4) Cf. Fuchs *loc. cit.* 5: „ Ob die Vermehrung und Verfeinerung der Bedürfnisse ein Glück ist, ist eine Frage der Religion und der Philosophie, nicht der Volkswirtschaftslehre. "

Bedürfnisse irgend welcher Art damit zu befriedigen, es kann sein das Interesse, mittels der guten Dinge Wohltätigkeit zu üben, es kann auch sein das Interesse, mittels der Dinge Macht zu erlangen über die anderen Menschen. (1) Von besonderer Wichtigkeit ist der letztgenannte Zweck: das Verlangen nach Herrschaft über die Mitmenschen. Es erklärt die Tatsache, weshalb das Interesse an der Beherrschung der Güter sich verbindet mit dem Interesse der Ausschliessung aller übrigen Wirtschaftssubjekte von der Teilnahme an dieser Herrschaft.

b. *Die wirtschaftlichen Handlungen.*

Als *wirtschaftliche Handlungen* bezeichnen wir sinngemäss diejenigen Handlungen, die erfolgen unter dem Antrieb des wirtschaftlichen Bedürfnisses, (2) die Handlungen also, welche die *Nutzung* eines wirtschaftlichen Gutes vornehmen und die, welche ein wirtschaftliches Gut *zur Nutzung bereitstellen*. Diese sind Erwerbs- (Produktions-), jene Genuss- (Konsumtions-) handlungen. Die Konsumtion ist das Ziel aller Wirtschaft. Wenn die Sozialwirtschaftslehre den Kreis der wirtschaftlichen Handlungen dahin beschränkt, dass sie die Konsumtion ausscheidet, (3) so hat das seinen Grund darin, dass die Konsumtion, soweit sie unmittelbare Nutzung darstellt, keine soziale Bedeutung hat; soweit sie mittelbare Nutzung darstellt, ist sie sozialwirtschaftlich unter den Erscheinungen der Distribution aufzuführen.

Nicht alle Güter finden Verwendung als direkte Lustquelle, indem ihre Nutzung den empfundenen Mangel direkt beseitigt. Eine grosse Zahl von Gegenständen wird nur als *mittelbare* Lustquelle begehrt, sie sollen dazu dienen, die letztlich begehrten Lustquellen zu verschaffen. Solche Güter bezeichnet man als abgeleitete Güter. (4)

---

(1) Cf. Neumann *loc. cit.* 50.
(2) Cf. Dietzel *loc. cit.* 156.
(3) Cf. Zuckerkandl *loc. cit.* II, 894.
(4) Cf. v. Böhm-Bawerk *loc. cit.* 100 ff., Oswalt *loc. cit.* 13 ff.

Ob ein Gegenstand direkte oder mittelbare Lustquelle ist, ist Tatfrage. Für den Konsumenten ist das Brot direkte Lustquelle, für den Bäcker, der es den Konsumenten verkaufte, hatte dieses Brot nur den Charakter eines abgeleiteten Gutes. Er wollte Geld dafür erhalten und mit diesem Geld tauscht er eine direkte Lustquelle ein. Das Geldstück ist regelmässig abgeleitetes Gut, Mittel zur Erlangung von Lustquellen, für den Geizhals aber, der sich an dem gleissenden Glanze seines Goldes ergötzt, ist es direkte Lustquelle.

Die mittelbare Nutzung kann geschehen im Rahmen des eigenen Wirtschaftsbetriebs, sie kann auch geschehen durch Ueberführung in eine andre Privatwirtschaft, um von dieser Güter (oder Leistungen) zu erhalten.

Als Nutzung ist auch die Preisgabe von Gütern anzusehen, sofern dabei das Bewusstsein, sie als nutzbringend verwenden zu können, bei der Preisgabe fortbesteht. (1) Solcher Art sind die Entäusserungen zu Geschenken, zu Opfern für die Götter usw. (2) Dagegen ist die Dereliktion, weil kein Interesse an dem Behalten der Sache besteht, keine Nutzung. Denn mit dem Augenblicke, in welchem das wirtschaftliche Interesse des Wirtschaftssubjekts entfällt, verliert der Gegenstand auch den Charakter eines wirtschaftlichen Guts.

Die Sachgüter werden begehrt wegen des Nutzens, den sie zu gewähren imstande sind. Manche sind nur für eine Art Nutzung verwendbar, andere für verschiedene Arten von Nutzungen. Sind verschiedene Nutzungen zu gleicher Zeit nebeneinander möglich, so ist damit die Möglichkeit gegeben, dass sie verschiedenen Privatwirtschaften zu bestimmten Teilen der Gesamtnutzungsmöglichkeit zustehen. Die *Teilnutzungen* können gegen Entgelt abgetreten wie auch geschenkt werden. (3)

---

(1) Cf. Dankwardt *loc. cit.* II, 46 ff.

(2) Ebenso v. Ihering *Geist* III, 1, 347.

(3) Auch im Falle der Teilnutzung ist als wirtschaftliches Gut lediglich das Sachgut anzusehen, nicht etwa das betreffende Nutzungsrecht. Zu vergleichen hierzu die ausführlichen Darlegungen über die „ Sachlichen Nutzleistungen " bei v. Böhm-Bawerk *loc. cit.* 52 ff, 75: „ Wir werden also auch durch die Erscheinung selbständiger partieller Nutzungsrechte an Gütern in keiner Weise genötigt, auf die

Als Erwerbshandlungen kommen zunächst in Betracht Produktion und Okkupation für den eigenen Bedarf, für die eigene Wirtschaft. Heute bilden sie nur einen geringen Teil der Erwerbstätigkeit. Arbeitsteilung und Tauschverkehr charakterisieren den sozialen Wirtschaftsverkehr. Der Tausch geschieht regelmässig gegen Hingabe des allgemeinen Tauschmittels, des Geldes. Für Geld kann man alles haben, aber auch für alles muss man Geld geben. So wandelt sich heute das wirtschaftliche Bedürfnis in den meisten Fällen zum Bedürfnis nach Geld. Die wirtschaftliche Erwerbstätigkeit ist heute vorzugsweise Gelderwerbstätigkeit. Zur Erwerbstätigkeit im weiteren Sinne — als Bereitstellung von Gütern zur Nutzung im Gegensatz zu dieser — gehört neben dem eigentlichen Erwerb auch die Sicherung und Verwaltung der Güter.

Ist wirtschaftliche Handlung eine solche, die darauf gerichtet ist, einen Gegenstand der äusseren Güterwelt der Verfügung des Privatwirtschaftssubjekts zu unterstellen, damit er zur Bedürfnisbefriedigung Verwendung finde, so muss man konsequent jede Handlung dieser Art als wirtschaftliche anerkennen. Das Sammeln von Blumen und Steinen, das der Naturforscher zur Bereicherung seines Untersuchungsmaterials und seiner Sammlungen vornimmt, das Rauben und Stehlen sind wirtschaftliche Handlungen. Das leugnen meist die Sozialwirtschaftstheoretiker. (1) Vom sozialwirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet mag ihre Meinung berechtigt sein; für die privatwirtschaftliche Betrachtung unterscheiden sie sich in nichts Wesentlichem von den übrigen wirtschaftlichen Handlungen. Der Kauf von Blumen und Steinen zu dem genannten Zwecke ist als wirtschaftliche Handlung nicht wohl bestreitbar. Der Begriff der wirtschaftlichen Handlung ist (gleich wie: wirtschaftliches Bedürfnis und wirtschaftliches Gut) nur dadurch zu bestimmen, dass die Handlung Dinge der äusseren Güterwelt betrifft; die Art und Weise

---

künstliche Hypothese der Existenz einer separaten immateriellen Güterklasse von Rechten zu greifen." 72: „Das Nutzungsrecht bedeutet das rechtlich gesicherte Haben gegenüber der Nutzleistung." — Auch Zuckerkandl *loc. cit.* I, 984.

(1) Neumann *loc. cit.* 9, 11, 25 f.; Fuchs *loc. cit.* 7.

des Handelns, sein Nutzungszweck wie auch seine sittliche Qualifikation kommen hier nicht in Betracht.

Aus diesem Grunde kann ich auch *Schmollers* (1) Meinung nicht beistimmen, dem „ als wirtschaftlich nur die zweckmässige, von gewissen technischen Kenntnissen, von vernünftiger Ueberlegung und moralischen Ideen geleitete Tätigkeit " erscheint. Diese Bestimmung mag wiederum für die Sozialwirtschaftslehre Geltung haben, (2) was hier nicht zur Untersuchung steht; privatwirtschaftlich ist auch das schlechte Wirtschaften immer ein Wirtschaften.

c. *Arbeit und Leistungen.*

In der Sozialwirtschaftstheorie herrscht Streit darüber, ob auch die *Arbeits- und Dienstleistungen* als wirtschaftliche Güter anzusehen seien. Wenn man argumentiert: „ Alles was geeignet ist, dem Menschen ein Bedürfnis zu befriedigen, heisst er ein Gut. Damit beantwortet sich jene alte Streitfrage der Wirtschaftslehre, ob auch Arbeit und Dienstleistungen als Vermögensbestandteile aufscheinen ", (3) so muss man sich natürlich für die Bejahung dieser Frage entscheiden. (4) Gewiss sind die gegen Entgelt erlangten Leistungen „ Bedürfnisbefriedigungsmittel ", da ja alles menschliche Streben auf Bedürfnisbefriedigung abzielt. Allein: wirtschaftliches Bedürfnis erschien uns das Bedürfnis nach Sachen, und nur in dieser Begrenzung ist die Ausscheidung des wirtschaftlichen Geschehens aus dem gesamten Umkreis der menschlichen Handlungen möglich. (5) Denjenigen, der ein Entgelt gibt, um Arbeit und Leistungen zu erlangen, veranlasst nicht das Bedürfnis nach Sachen, sondern ein

---

(1) *Grundriss* I, 2.

(2) Zu vergleichen aber dagegen Dietzel *loc. cit.* 161: „ Ob das Subjekt planmässig oder planlos verfährt, selbst arbeitet oder andere für sich arbeiten lässt, haushälterisch oder verschwenderisch mit Geld und Gut umgeht, ist gleichgültig — so weit sein Tun die Deckung seines Sachgüterbedarfs bezweckt, so weit reicht seine Wirtschaft. "

(3) Rotering Gerichtssaal 60, 364.

(4) So z. B. v. Böhm-Bawerk *loc. cit.* 31.

(5) Cf. Dietzel *loc. cit.* 175, 160, auch 68, 82 f.

anderes Bedürfnis, als dessen Objekt menschliche Leistung, menschliche Arbeitskraft erscheint. Die Leistungen sind mithin als wirtschaftliche Güter nicht anzuerkennen. (1)

Die einzelnen Arbeitsleistungen sind gewissermassen als die Nutzung der Arbeitskraft des Menschen anzusehen, aber das persönliche Gut der Arbeitskraft ist ebenfalls nicht als wirtschaftliches Gut zu betrachten.

Wenn nun — wie tatsächlich — die Arbeitsleistungen im Wirtschaftsverkehr der Privatwirtschaften eine erhebliche Bedeutung haben, so erhebt sich die Frage, welches diese Bedeutung ist. Die menschliche Arbeitskraft ist zunächst notwendig, um die Sachgüter zur Nutzung bereitzustellen (sozialwirtschaftlich als Mittel der Produktion und Cirkulation). Die Sozialwirtschaftstheorie bezeichnet diese Arbeitsleistungen als produktive Leistungen im Gegensatz zu den „ nicht-produktiven " Leistungen z. B. des Lehrers und des Arztes. (2) Wir sehen aber, dass die nicht-produktiven Leistungen im heutigen Wirtschaftsverkehr die gleiche Behandlung erfahren, für die Beziehungen zwischen den einzelnen Privatwirtschaften die gleiche Bedeutung haben wie die produktiven Leistungen, die Unterscheidung ist also für die gegenwärtige Untersuchung nicht von Belang. Die Frage stellt sich also so dar: welche Bedeutung das menschliche Handeln überhaupt im Wirtschaftsverkehr hat. Im Wirtschaftsverkehr: Damit begrenzt sich die Frage dahin, welche Bedeutung das menschliche Handeln im Dienste, im Interesse eines fremden Wirtschaftssubjekts hat, während die eigene Tätigkeit des Wirtschaftssubjekts im Rahmen seiner eigenen Wirtschaftsführung ausscheidet.

Nicht alles Handeln im Dienste, im Interesse, nach dem Wunsche oder Willen eines Anderen ist als dem Wirtschaftsleben angehörige, als „ wirtschaftliche " Leistung zu bezeichnen. Die Ausscheidung der wirtschaftlichen Leistungen aus dem Gebiete des Handelns im Interesse eines Anderen lässt sich nicht vornehmen im Hinblick auf

---

(1) Ebenso Zuckerkandl *loc. cit.* I 984 f., v. Philippovich *Grundriss* I, 6.
(2) Cf. Neumann *loc. cit.* 97.

ein auf Seiten des Destinatars der Leistung bestehendes Moment. Denn dieser hat an der Leistung kein wirtschaftliches Interesse, er handelt bei der Empfangnahme derselben nicht unter dem Antrieb des wirtschaftlichen Bedürfnisses. Das den wirtschaftlichen Charakter der Leistung bestimmende Moment muss also auf Seiten des Leistenden vorhanden sein. Es besteht darin, dass die Leistung *im Rahmen der Erwerbstätigkeit des Leistenden* geschieht. Sie erfolgt unter dem Antrieb des wirtschaftlichen Bedürfnisses, der Leistende stellt seine Arbeitskraft gegen Entgelt zur Verfügung, das Entgelt soll ihm den Erwerb seines Sachgüterbedarfs ermöglichen. (1) In der Tatsache nämlich, dass die — wenigstens alle wichtigeren — Sachgüter nur in beschränktem Vorrat vorhanden sind, der geringer ist als ihr Bedarf, und dass nach der heute bestehenden Ordnung die vorhandenen Sachgüter sich sämtlich in der Verfügungsgewalt einzelner bestimmter Privatwirtschaften befinden, ist begründet, dass die Wirtschaftssubjekte, welche nicht im genügenden Besitze solcher Güter sind, diese von den besitzenden Privatwirtschaften zu erwerben trachten müssen. Das ist gleichbedeutend mit der „ Abhängigkeit derer, welchen es nicht glückt, sich eines ihrem Bedürfnisstande genügenden Teiles der Materie zu bemächtigen, von denen, welchen es gelingt — einfacher gesprochen: der Armen von den Reichen. " (2) Der natürliche Egoismus gibt regelmässig nichts fort ohne Gegengabe, und die Bestimmung derselben trifft in den meisten Fällen der stärkere Teil. Der Besitzende kann so seinen Besitz als Mittel gebrauchen, „ andere Menschen zu gefügigen Werkzeugen seines Zweckstrebens zu machen — ein Mittel, welches nicht bloss dazu taugt, diese abhängigen Werkzeuge zu verwenden, um das Mass des eigenen Reichtums noch weiter zu steigern, sondern welches

---

(1) Cf. v. Philippovich *loc. cit.* 6: „ Da wo scheinbar die Leistungen als Ziel der Wirtschaft auftreten — wenn z. B. mit einem Aufwande wirtschaftlicher Güter die Leistungen eines Arztes, eines Sängers, eines gewöhnlichen Arbeiters usw. erworben werden, — ist zur rechten Würdigung des Verhältnisses der Standpunkt desjenigen einzunehmen, der die Leistungen bietet, um durch sie in den Besitz von Sachgütern zu gelangen. "

(2) Dietzel *loc. cit.* 25 f.

jedem Wunsche sich fügt. " (1) Jede Art von Handeln — vernünftiges und unsinniges, sittliches und unsittliches — vermag der Reiche von dem Armen zu erlangen, all dieses Handeln ist als wirtschaftliche Leistung anzuschen, wenn der Leistende Entgelt empfängt. Auch hier ist wiederum zu betonen, dass für den wirtschaftlichen Charakter der Leistung ausschliesslich das Zweckstreben des Leistenden — Erwerbstätigkeit — massgebend ist, ethische usw Qualifikation ist für die wirtschaftliche Betrachtung unbeachtlich.

Gleichwie Handlungen eines Menschen gegen Entgelt geleistet werden und damit als wirtschaftliche Leistungen aufscheinen, ist dieses bezüglich des übrigen menschlichen Verhaltens: Zulassungen, Unterlassungen, der Fall. Mit ihrer Entgeltbarkeit treten sie in das Wirtschaftsleben und den Wirtschaftsverkehr ein.

d. *Der Wert.*

Die Wertlehre ist eine der meist umstrittenen Lehren der Sozialwirtschaftstheorie. Nicht mit Unrecht spricht *Neumann* (2) von einem „ Chaos " der Wertauffassungen. Es ist indes zu sagen, dass die Differenzen innerhalb der Sozialwirtschaftstheorie für die gegenwärtige Untersuchung unschädlich sind. Sie will ja lediglich die tatsächlichenBeziehungen zwischen den einzelnen Privatwirtschaften charakterisieren und findet hierbei die Werte als konkrete Grössen vor, mit denen die einzelnen Wirtschaftssubjekte rechnen. Die Erörterungen der Sozialwirtschaftstheorie über Wesen, Entstehung, Rechtfertigung des Wertes, seine Bedeutung im System der Sozialwirtschaft in Bezug auf die Preisbildung, die Produktions - und Absatzverhältnisse usw. haben für die privatwirtschaftliche Betrachtung keine unmittelbare Bedeutung. Hier interessiert nicht der Wert als wirtschaftlicher Begriff, sondern nur der Wert in seiner konkreten mit einem bestimmten Objekt des wirtschaftlichen Geschehens verknüpften Erscheinung.

---

(1) *Eod. loc.* 26.
(2) *loc. cit.* 122.

Werte erscheinen erst in der Sozialwirtschaft, die isolierte Privatwirtschaft kennt keine „ Werte ". Für sie genügt die Beobachtung der *Brauchlichkeiten* eines Gegenstandes, ihre Wirtschaftsführung bestimmt sich lediglich nach den Bedürfnissen des Wirtschaftssubjekts und nach den Brauchlichkeiten (Nützlichkeiten) der zur Verfügung stehenden und erwerbbaren Sachgüter. Anders wenn mehrere Privatwirtschaften in ihrer Gesamtheit sich zu einer sozialen Wirtschaft zusammenschliessen. Damit treten die Sachgüter, die im Bereiche dieser Sozialwirtschaft gelegen sind, in eine Beziehung zu sämtlichen Einzelwirtschaften. Ist nun dies der Fall, dass die Sache Objekt des Interesses aller oder zahlreicher Einzelwirtschaften ist, so hat sie nicht allein den (privatwirtschaftlichen) Charakter eines Gutes für den Besitzer und den Erwerbsinteressenten, sondern zugleich eine sozialwirtschaftliche Bedeutung, und diese wird *Wert* genannt.

Wert ist die Bedeutung eines Gegenstandes im Rahmen des Ganzen der Sozialwirtschaft. Wert bezeichnet aber nicht allein die Tatsache dieser Bedeutung, sondern auch das Mass derselben. (1) Dieses Mass wird festgestellt im Gelde, dem allgemeinen Wertmesser.

Der Wert ist eine *Beziehung* der Dinge, keine immanente Wesenseigentümlichkeit. Die Gestaltung der Beziehungen, in welcher die Dinge sich befinden, schafft sowohl die Existenz als auch die Grösse des Werts. Nicht allen Sachgütern kommt die Werteigenschaft zu; während sie heute diesen Wert haben, können sie morgen einen grösseren oder einen geringeren oder gar keinen Wert besitzen. Der Wert ist wandelbar, immer nur für einen bestimmten Zeitpunkt festzustellen. Die nähere Untersuchung dieser Beziehungen, der wertbildenden und wertverändernden Faktoren ist Sache der Sozialwirtschaftstheorie.

Die Bedeutung des Wertes für die Privatwirtschaft liegt darin, dass er die Vergleichung der verschiedenen Sachgüter innerhalb der eigenen Wirtschaft und gegenüber den anderen Wirtschaften ermöglicht. Vornehmlich wird solche Vergleichung notwendig im Tauschverkehr,

(1) Cf. Neumann *loc. cit.* 151.

wobei allerdings zu beachten ist, dass nicht bei jedem Kauf oder Tausch der Preis mit dem Wertbetrag identisch zu sein braucht. Der *Tauschwert*, „ die Fähigkeit, welche ein Gut besitzt oder welche ihm beigelegt wird, andere Güter gegen sich einzutauschen ", (1) ist die wichtigste Erscheinungsform des Werts, aber nicht mit diesem zu identifizieren. Denn der Wert ist verschieden und festzustellen nach der Eigenart der Beziehungen, in welchen der Wertträger sich befindet. Für die Ware z. B. ist der Wert mit dem Tauschwert identisch, (2) wenn die Ware aber Gebrauchsgegenstand geworden ist, kann dessen Wert von seinem Tauschwert erheblich verschieden sein. Unter Umständen kann der Wert auch gleich dem sog. Ertragswerte sein. (3 4)

„ Wert " nenne ich nur den hier bezeichneten „ objektiven " Wert, den „ *gemeinen* " Wert im Sinne des Juristen. Wert ist an sich nur eine formelle Bezeichnung; damit sie für die Wissenschaft verwertbar wird, muss ihr — gleich wie dem Begriffe des „ Gutes " — eine inhaltliche technische Bestimmung beigegeben werden. Die Sozialwirtschaftstheorie verwendet besondere Mühe auf die Bestimmung des „ subjektiven " Werts als der „ Bedeutung für das Interesse bestimmter Personen, welche der Verfügungsgewalt über ein Ding beigelegt wird. " (5) Aber dieser subjektive Wert entzieht sich jeder konkreten Feststellung, (6) mit ihm kann nicht gerechnet werden. Für die privatwirtschaftliche Betrachtung genügt es durchaus, die Beziehungen der Güter zu den einzelnen Wirtschaften als Brauchlichkeiten, Nützlichkeiten zu kennzeichnen. Mit „ Wert " wird zweckmässig ausschliesslich die sozialwirtschaftliche Bedeutung der Güter bezeichnet. (7)

---

(1) Fuchs *loc. cit.* 9, cf. Berolzheimer *loc. cit.* 536.

(2) Cf. dazu Neumann *loc. cit.* 188.

(3) Der Ertragswert wird bestimmt durch die Kapitalisierung des durchschnittlich zu erwartenden Reinertrages.

(4) Betreffend das Verhältnis von Wert, Tauschwert und Ertragswert zu vergleichen Neumann *loc. cit.* 180 f.

(5) Neumann *loc. cit.* 167, cf. 157, 183.

(6) Cf. Neumann *loc cit.* 195.

(7) Der Gebrauchswert wird juristisch vielfach in Zusammenhang gebracht mit

Wenn der Wert die Bedeutung eines Gegenstandes für das Ganze der Sozialwirtschaft ist, so ist leicht ersichtlich, dass nicht alle Sachgüter Werte sind. Denn für die Feststellung, dass eine Sache wirtschaftliches Gut ist, genügt es, dass sie für eine einzelne Privatwirtschaft Bedeutung besitzt, während für den Wertcharakter erforderlich ist eine Bedeutung für die Gesamtheit der Privatwirtschaften. Dem Satze *Neumanns* (1): „ Jedenfalls ist... auf tunlichste Uebereinstimmung zwischen den an sich verwandten Begriffen Gut und Wert zu halten ", ist deshalb nicht beizustimmen. Gut bezeichnet die privatwirtschaftliche, Wert die sozialwirtschaftliche Bedeutung. Dazu kommt, dass der Wertcharakter durchaus nicht allein den Sachgütern zukommt, sondern daneben auch anderen Dingen, Rechten, Verhältnissen, Leistungen, die wie früher ausgeführt, nicht als wirtschaftliche Güter anzusehen sind. Sofern sie wirtschaftliche Bedeutung haben und zwar nicht nur für eine einzelne Privatwirtschaft, sondern für die Gesamtheit der Wirtschaften, — und dies ist dann der Fall, wenn sie ihrer Natur nach jeder Privatwirtschaft dienlich sein können und wenn ausserdem das Interesse an ihrem Besitz sich nicht auf eine einzelne Privatwirtschaft beschränkt — kommt auch ihnen die Werteigenschaft zu. Meist sind sie Verkehrsobjekte und besitzen darum Tauschwert, aber allein massgebend ist dieser hier ebensowenig wie bei den Sachgütern. Auch der Ertragswert kann massgebend sein. Soweit sie Verkehrsobjekte sind, ist die Feststellung wichtig, dass sie auch „ *geschenkt* " werden können (2). Jede Wertentäusserung zu Gunsten eines Anderen ohne Forderung eines Entgelts ist als Schenkung anzusehen. Erfordert ist nur, dass im gegebenen Falle die Entgeltforderung — wegen der causa donandi — besonders ausgeschlossen sein soll. Wofür man im regelmässigen Wirtschaftsverkehr kein Entgelt erhält, das kann man auch nicht schenken. Diese Feststellung ist besonders wichtig für die Schenkung von

---

dem sog. „ ausserordentlichen " Wert und dem „ *Interesse* " im Sinne des Schadenersatzrechts. Darüber Näheres bei der Besprechung des Schadenersatzes.

(1) *loc. cit.* 45.

(2) Cf. Dankwardt *loc. cit.* II, 47.

Leistungen. In allen Fällen handelt es sich in Wahrheit um die Schenkung eines Werts, dessen Leistung dem Schenkungsempfänger erspart wird.

Das wirtschaftliche Interesse eines Wirtschaftssubjekts, eine Sache seiner Verfügungsgewalt zu unterwerfen oder darin zu erhalten, kann begründet sein in deren Brauchbarkeit, Nützlichkeit für die eigene Wirtschaft, weiter aber auch begründet sein in deren Wert, der Bedeutung für die übrigen Privatwirtschaften. Vornehmlich kommt hierfür in Betracht die Kaufkraft der Sache, die Möglichkeit, sie gegen Entgelt an eine andere Privatwirtschaft abzugeben. Der Wert bedeutet mithin eine *neue, besondere Nützlichkeit* des Guts. Jedes ursprünglich zur privatwirtschaftlichen Nutzung bestimmte Gut behält deshalb den Gutscharakter, nachdem die Brauchbarkeit entfallen ist, wenn und solange es noch einen Wert repräsentiert, tauschfähig ist. Fälle: ein des Lesens Unkundiger besitzt eine Bibliothek, jemand erbt Kleidungsstücke, die er weder tragen noch sonst für sich verwenden kann — trotzdem bleiben die Gegenstände für ihn wirtschaftliche Güter, wenn ein Affektionsinteresse besteht oder wenn sie im Tauschverkehr verwertbar sind. Ein Gegenstand, der Wert hat, ist unter allen Umständen wirtschaftliches Gut, Objekt wirtschaftlichen Interesses (1).

Jede Privatwirtschaft besitzt wirtschaftliche Güter, die sie wegen ihrer privatwirtschaftlichen Brauchbarkeit begehrt, daneben kann sie auch solche besitzen, die nur als Werte für sie Interesse haben, besonders Geld und Waren. Danach sind zu unterscheiden brauchbare und tauschbare Güter, *Nutzgüter* und *Wertgüter*. Diese Unterscheidung deckt sich mit der in Güter, die das Wirtschaftssubjekt behalten will und solche, die es verwerten, an andere Wirtschaften abgeben will. Die Unterscheidung in Produktionsgüter und Konsumtionsgüter (2) deckt sich mit der hier getroffenen keineswegs, sie erfolgt vom Standpunkt sozialwirtschaftlicher Betrachtung. Privatwirtschaftlich haben wir nur zu unterscheiden die für dauernden

(1) Zu vergleichen Neumann *loc. cit.* 55 f.

(2) Dietzel *loc. cit.* 163 unterscheidet: „Objekte und Mittel der Wirtschaft."

Besitz und zum privatwirtschaftlichen Gebrauch (Verbrauch) bestimmten Nutzgüter einerseits und die als Tauschobjekte in Betracht kommenden Wertgüter anderseits.

3. Das Vermögen.

Vermögen ist die Macht, die jemand auf dem wirtschaftlichen Gebiete besitzt, die Zusammenfassung der Faktoren, auf denen er seine Wirtschaftsführung aufbaut und mit denen er in den Kampf ums Dasein eintritt. Da es vom Standpunkt des einzelnen Wirtschaftssubjekts aus bemessen wird, haben wir es mit einer rein privatwirtschaftlichen Erscheinung zu tun. (1)

Das Vermögen ist eine zusammengesetzte Grösse. (2) Deswegen erscheint es mir nicht richtig, mit *Neumann* (3) den Vermögensbegriff zum Ausgangspunkte der wirtschaftlichen Betrachtung zu wählen. Es gelingt dies ihm auch nur dadurch, dass er an einen nicht der Wirtschaftslehre angehörigen, nämlich den juristischen Vermögensbegriff anknüpft. Aus dieser erstgegebenen Grösse ermittelt er deren Elemente, die wirtschaftlichen Güter, als welche er Sachen und Rechte nennt. Er stellt dem juristischen Vermögensbegriff dann auch die Konstruktion eines wirtschaftlichen Vermögensbegriffs entgegen (4), ein „ faktisches " Vermögen, das er bestimmt als Inbegriff von Sachen und Rechten, über die man tatsächlich verfügen kann. Diese Unterscheidung des juristischen Vermögens vom wirtschaftlichen Vermögen durch die Momente „ rechtliche Macht " bezw. „ tatsächliche Macht " ist besonders in der juristischen Literatur sehr

---

(1) Cf. Lexis im *Handwörterbuch der Staatswissenschaften* III, 470: „ Es ist zu beachten, dass Vermögen ein rein privatwirtschaftlicher Begriff ist, da irgend ein Rechtssubjekt als Eigentümer der das Vermögen ausmachenden Güter vorausgesetzt wird. "

(2) Die Juristen führen das Vermögen unter den Rechtstypen abgeleiteter, sekundärer Begriffsbildung auf; cf. Crome *System* § 31, Zitelmann *Internationales Privatrecht* II 22, I 140.

(3) *loc. cit.* 73, cf. 37, 40, 67 f.

(4) *loc. cit.* 108 ff.

gebräuchlich. (1) Sie scheint auch auf den ersten Blick ziemlich einleuchtend, allein gibt sie wirklich eine klare Unterscheidung? In den Fällen der „ tatsächlichen Verfügungsgewalt " handelt es sich um Besitztatbestände — wie dann, wenn der Besitz als subjektives Recht anzusehen ist?

Vermögen ist wirtschaftliche Macht. Wirtschaftliches Bedürfnis, wirtschaftliche Tätigkeit ist charakterisiert worden durch das Objekt: Sache als wirtschaftliches Gut. So werden wir denn auch wirtschaftliche Macht bestimmen als *Macht über Sachgüter*. Das ist nicht gleich: Inbegriff der Sachgüter. Es ist nicht richtig, wenn *Schlossmann* (2) argumentiert: „ Der Begriff des Vermögens beruht auf dem des Gutes; Vermögen einer Person ist der Inbegriff der einer Person zugehörigen Güter. " (3) Nur das ist richtig: die Güter verleihen wirtschaftliche Macht; die Summe der Güter gehört deshalb zum Vermögen.

Aber sind als Vermögensbestandteile nicht auch noch andere Dinge als Güter möglich? Gibt Macht über Sachgüter allein der *Besitz*, die Verfügungsmacht und Nutzungsmöglichkeit der Sachgüter?

Die wirtschaftliche Tätigkeit beschränkt sich regelmässig nicht auf die Sorge für die Anforderungen des Tages, für das Einkommen zur Deckung der Ausgaben der laufenden Wirtschaftsperiode, sondern sie berücksichtigt auch den zukünftigen Bedarf. (4) Als zweites Moment, welches das Ansammeln von Gütervorräten für die Zukunft, die Aufspeicherung der Güter erklärt, ist zu nennen das Herrschaftsverlangen über die übrigen Wirtschaftssubjekte, begründet in der Tatsache, dass die Güter nur in beschränktem Masse gegeben sind, jeder Besitz also die Nutzung der Andern unmöglich

---

(1) Cf. Birkmeyer, *Vermögen* 105 und Doerr *loc. cit.* 14 f.

(2) *Vertrag* 298 f.

(3) v. Böhm-Bawerk *loc. cit.* 93 bezeichnet den Schluss „ von der Nomination eines Vermögensobjekts auf das Dasein des nominierten Dings als selbständigen Guts " als „ irrig ". — Cf. auch Zuckerkandl *loc. cit.* I 984.

(4) Cf. v. Böhm-Bawerk *loc. cit.* 78.

macht und sie zwingt, von den Besitzenden die notwendigen Güter zu erwerben, indem sie sich deren Zweckstreben dienstbar machen. Die Ansammlung des Gütervorrats braucht nun nicht in der Form zu geschehen, dass der Besitz tatsächlich hergestellt wird, es genügt, dass der zukünftige Besitz, der spätere Erwerb mit Sicherheit erwartet werden kann, garantiert ist. Mit dem *zukünftigen garantierten Besitz* rechnet das Wirtschaftssubjekt ebenso wie mit dem tatsächlich bereits vorhandenen Besitz, und ebenso bewirkt der zukünftige garantierte Besitz eine Einschränkung des Gütervorrats für die übrigen Privatwirtschaften und damit deren Abhängigkeit. Zur wirtschaftlichen Macht ist also ausser dem tatsächlich bestehenden auch der zukünftige garantierte Besitz zu rechnen. (1)

Garantie zukünftigen Erwerbs gibt zunächst die Gebundenheit anderer Privatwirtschaften, Sachgüter zu leisten, d. h. an den Destinatar überzuführen. Die Gebundenheit kann rechtlicher Natur sein, sie kann aber auch aus anderen Verhältnissen sich ergeben: moralischen und konventionellen Verpflichtungen, Zwangsverhältnissen aller Art. Weiter begründen künftigen Erwerb Erb- und Schenkungsaussichten, Okkupationsmöglichkeiten, Spiel- und Wettaussichten. Auch hier kann die Erwartung rechtlich oder nur tatsächlich begründet sein. Zukünftigen Erwerb sichern endlich die Erwerbsquellen: Kapital, Unternehmung, Arbeitskraft. Die Ergiebigkeit der Unternehmung befördern: Ruf, Kundschaft, Absatzverhältnisse und Monopole, (2) Tüchtigkeit der Angestellten, Verwertbarkeit besonderer technischer Hilfsmittel, Möglichkeit leichten Personalersatzes usw. Für die Sicherheit des Erwerbs, den die eigene Persönlichkeit als Arbeitskraft in Aussicht stellt, ist ebenfalls eine ganze Reihe von Momenten bestimmend: Kenntnisse, moralische Tüchtigkeit, Gesundheit, Ruf, Arbeitsgelegenheit usw. Alle diese Dinge sind Bausteine zur wirtschaftlichen Macht.

Wir nennen die erwarteten Güter nach dem garantierenden Moment

---

(1) Cf. Mataja, *Recht des Schadensersatzes* 143.
(2) Cf. Zuckerkandl *loc. cit.* I 984.

„ Ist das eigentliche Vermögensobjekt noch weit von der Hand, vielleicht noch gar nicht sicher bestimmt oder wohl gar nicht sicher bestimmbar, und ist einstweilen die Beziehung nahe und deutlich, durch welche uns die einstige Verfügung über die wirklichen Güter vermittelt wird, so hält sich unsere Vorstellung leicht an das bloss verknüpfende Element und verselbständigt dieses zu einem „ Vermögensobjekt "... Es liegt für unsere Vorstellungsweise, die überhaupt einfache Versinnlichungen auf Kosten der Exaktheit liebt, nach jeder Seite viel näher, die in unserer Vermögenskomputation einmal beliebte Antizipation der Zukunft so vollständig durchzuführen, dass wir den künftigen Nutzen in unserem Vermögensinventar auch mit dem Namen eines gegenwärtigen Etwas nennen. " (1)

In der Aufzählung der Vermögensbestandteile ist aber noch eine dritte Klasse zu erwähnen, nämlich die Verhältnisse, welche *künftigen Schaden hintanhalten,* gegen Machteinbusse sichern. Darunter fallen z. B. die Schadensversicherungen — die Kapitalversicherungen dagegen garantieren positiven Zuwachs an Gütern, — vor allem die Rechte auf Arbeits- und Dienstleistungen. (2) Diese deshalb, weil der Erwerb der Leistungen, wenn sie nicht durch rechtliche oder sonstige Verpflichtung garantiert wären, nur gegen Hingabe eines Entgelts möglich sein würde, also Aufwendungen erforderte, die jetzt erspart werden können.

Die wirtschaftliche Macht eines Privatwirtschaftssubjekts ist also zu bestimmen als die Summe der in Besitz befindlichen Sachgüter sowie des künftigen garantierten Erwerbs, dessen Höhe nach der grösseren oder geringeren Wahrscheinlichkeit seines Eingangs zu

---

(1) v. Böhm-Bawerk 97 und 115. — Man kann zweckmässig mit v. Böhm-Bawerk 96 ff von den Gütern als „ Vermögensstoffen " die Gütererwartungen als „ Vermögensformen " unterscheiden.

(2) Die Leistungen selbst gehören nicht zum Vermögen. Die Dienstleistung „ entsteht und vergeht im Augenblick, entzieht sich der Aufbewahrung, der Ansammlung, dem Umlauf und gehört nicht zum Vermögen " (Zuckerkandl I 984). Die geleistete Arbeit, sofern sie einen Anspruch auf Entgelt erzeugte, ist namens dieses Anspruchs Vermögensstück, nie aber die Handlung selbst. Nicht klar Schuppe, *Begriff des subjektiven Rechts* 129 ff.

berechnen ist, unter Veranschlagung endlich der voraussichtlichen garantierten Ersparungen an Ausgaben.

Bis jetzt ist das Vermögen nur betrachtet worden als der Inbegriff der machtverleihenden und machtfördernden Elemente. Wird unter „ Vermögen " verstanden die wirtschaftliche Lage, die wirtschaftliche Position des Wirtschaftssubjekts, so ist neben der Berücksichtigung des zukünftigen Erwerbs auch die Berücksichtigung des zu erwartenden *Verlustes* verlangt. Es sind von der Gütersumme abzurechnen die Güter, die das Wirtschaftssubjekt aus seiner Herrschaft ausscheiden und in den Herrschaftsbereich anderer Privatwirtschaften überzuführen verpflichtet ist, die „ *Schulden.* "

Mit der so bestimmten Grösse seiner wirtschaftlichen Macht, seines Vermögens, rechnet der Wirtschafter bei seinen Dispositionen, ebenso wie auch die übrigen Wirtschaftssubjekte mir ihr rechnen. Wenn beispielsweise die wirtschaftliche Macht eines Kreditheischenden festgestellt werden soll, berücksichtigt der Kreditgeber in vielen Fällen keineswegs allein die eventuell als Exekutionsobjekte in Betracht kommenden Güter und Rechte, sondern auch die höchstpersönlichen Erwerbsgarantien: die Erwerbsfähigkeit des Schuldners und deren Sicherungen, berufliche Tüchtigkeit, moralische Qualifikation, Gesundheit usw.

Unter den positiven Bestandteilen des Vermögens erfordern diejenigen eins besondere Hervorhebung, welche unlösbar an die Person des Vermögenssubjekts geknüpft sind. Das ist vor allem die Persönlichkeit selber bezw. ihre Arbeitskraft. Für diese kann niemals ein anderes Wirtschaftssubjekt als Vermögensherr zuständig sein. Das gleiche gilt für die Erwerbsgarantien, welche an die Persönlichkeit gebunden sind, wie die Kundschaft eines Künstlers, die Praxis eines berühmten Arztes. Für alle anderen Vermögensbestandteile dagegen gilt, dass sie nicht an die Person des jeweiligen Vermögenssubjekts gebunden sind, vielmehr ihrer Natur nach auch einem andern Vermögensherrn zugehören können.

Vermögen ist wirtschaftliche Macht über Sachgüter. Ebensowenig wie zur Charakterisierung der Begriffe wirtschaftliches Bedürfnis, wirtschaftliches Gut, wirtschaftliche Handlung die Werteigenschaft

als bestimmend angesehen worden ist, ebensowenig ist sie für den Vermögensbegriff wichtig. Wenn von juristischer Seite (1) gleichwohl gerade für die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zum wirtschaftlichen Vermögen — im Gegensatz zum juristischen Vermögen — Wertcharakter erfordert wird, so scheint dies mir aus einer kritiklosen Uebernahme sozialwirtschaftlicher Auffassungen und Formulierungen herzurühren. Gleichfalls abzulehnen ist die Auffassung, als ob eine Sache produktiv sein, einen geldwerten Nutzen abwerfen müsse, um wirtschaftliches Gut und Vermögensbestandteil zu sein. Auch eine Sache, die Unkosten verursacht, ist wirtschaftliches Gut, wenn und solange das Wirtschaftssubjekt sie behalten will. Nicht richtig deshalb *Binding*: (2) „ Juristisch ist jedes Vermögensrecht positiver Teil des Vermögens, ökonomisch kann es als Last erscheinen, wie das Eigentum am Pferde, dem das Gnadenbrot gereicht wird ", und *Rotering:* (3) „ Nicht zum Vermögen gehören diejenigen Sachgüter, welche als der Bedürfnisbefriedigung abträglich erscheinen, alle nur aus idealen Rücksichten auf seine Unkosten unterhaltenen Inventarstücke, weil ihr Dasein den Güterbestandwert nur verringert ". Die darauf basierten Einwände gegen die Verwendung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs im Strafrecht gehen fehl. Was Rotering bezüglich der Sachbeschädigung ausführt: „ Nur das allein entscheidet, dass ich eine Sache in ihrer Integrität haben und behalten will, — das meinen Willen bestimmende Motiv ist indifferent... Das Haben- und Behaltenwollen zeigt, dass die Sache für mich mindestens einen Affektions-, also Gebrauchswert hat, und ich muss daher gegen einen beschädigenden Angriff auf eine solche Sache geschützt werden, deren Stoffwert gleich Null ist " (4) — trifft voll und ganz auch für die privatwirtschaftliche Betrachtung zu.

Das Vermögen als Inbegriff der wirtschaftlichen Macht ist das

---

(1) Z. B. Fischer, *Schaden* 14 ff., Doerr *loc. cit.* 16 ff., 28 ff., Wagner, *Objekte des Verbrechens* 61 ff., bes. 76.

(2) *Lehrbuch Besonderer Teil* I 239.

(3) Archiv für Strafrecht 47, 419.

(4) Gerichtssaal 47, 214.

Fundament der Wirtschaftsführung. (1) Der Vermögensherr hat ein Interesse daran, die Vermögenssumme zu verwalten, zu erhalten und zu nutzen. Jede Beeinträchtigung dieser Interessen bedeutet einen Angriff auf seine wirtschaftliche Selbständigkeit und Selbstherrlichkeit.

III. Rechtsordnung und Wirtschaftsleben.

1. Das Recht als Ordnung des Wirtschaftslebens.

„ Recht ist die unverletzbare selbstherrliche Regelung des sozialen Lebens der Menschen. " (2) Ohne Ordnung ist ein gesellschaftliches Zusammenwirken unmöglich; sie hat die Aufgabe, eine Versöhnung der widerstreitenden Interessen herbeizuführen, dafür Sorge zu tragen, dass niemand an der Verfolgung seiner höchsten und dringlichsten Interessen gehindert wird, dass alle gleichwertigen berechtigten Interessen gleichen Schutz geniessen, dass die höheren Interessen obsiegen im Streit mit den niederen, dass die Verfolgung ungerechtfertigter Interessen nach Möglichkeit erschwert wird. Lösung und Ausgleich der Interessenkollisionen ist die erste Aufgabe der Rechtsordnung. (3) Der Rechtsschutz ist in erster Linie präventiver Natur. „ Nicht darin besteht der Schutz der Interessen, wie so häufig gemeint wird, dass dem Berechtigten der Weg Rechtens offen steht, wenn dem Interesse zuwidergehandelt wurde, sondern gerade darin, dass das Interesse nicht tangiert wird. " (4)

Auf keinem Lebensgebiete aber ist die Zahl der Interessenkollisionen so gross wie auf dem Gebiete des Wirtschaftslebens. Darum kann

---

(1) Cf. Mataja, *Recht des Schadensersatzes* 136 f.

(2) Stammler in *Systematische Rechtswissenschaft* XXVIII.

(3) Cf. Mauczka *Rechtsgrund des Schadensersatzes* 39, Schlossmann *Vertrag* 197, Hold v. Ferneck *Rechtswidrigkeit* I, 26, 27, 36, 88, 140, 338 f., 206: „ Alles Recht ist Kollisionsrecht. "

(4) Hold v. Ferneck *loc. cit.* 121; cf. 83, 116, 346.

keine Rechtsordnung von der Regelung des Wirtschaftslebens und des Wirtschaftsverkehrs absehen. Und wenn auch nicht die einzige, so ist doch die Rechtsordnung zweifelsohne die weitaus stärkste, einflussreichste Macht, welche die Form des Wirtschaftslebens bestimmt. Der hierfür massgebende Teil der Rechtsordnung ist in erster Linie das Privatrecht, das die Rechtsverhältnisse zwischen den einzelnen Rechtsgenossen zum Gegenstande hat, in zweiter Linie — ergänzend — das Strafrecht.

Unterliegen die gesamten Beziehungen der Menschen, soweit sie auf dem Boden des Wirtschaftslebens begründet sind, der rechtlichen Regelung? M. a. W. *fällt der gesamte Wirtschaftsverkehr in die „ Rechtssphäre "?* „ Nicht alles menschliche Tun bewegt sich in der Sphäre des Rechts, vieles spielt sich in neutraler Zone ab ". (1) Als Gebiete des menschlichen Handelns, die nicht vom Rechte geregelt werden, werden genannt die Beziehungen, die geschaffen werden von „ Anstand, Moral, freiwilliger Liebe ". (2)

Vergegenwärtigen wir uns, dass der Begriff des wirtschaftlichen Bedürfnisses, welches die wirtschaftliche Tätigkeit und den Wirtschaftsverkehr hervorruft, nur durch sein Objekt (Sachgüter) charakterisiert ist, aber keine Aussage enthält über das weitere Motiv des wirtschaftlichen Bedürfnisses, zu welchen Zwecken man den begehrten Gegenstand verwenden will, ob zu egoistischen oder altruistischen, zu religiösen, sittlichen oder unsittlichen Zwecken, als direkte Lustquelle oder als Mittel zur Erreichung irgend eines Zweckes, so liegt die Frage nahe, ob das Wirtschaftsleben nur insoweit der rechtlichen Regelung unterliegt, als das Motiv der dem Wirtschaftsleben angehörigen Verabredungen und Massnahmen nicht etwa Anstand, Moral, Religion oder freiwilliger Liebe entspringt. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, dass die Frage in

---

(1) Kohler *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts* I, 10.

(2) Kohler *loc. cit.* II 89. — Zu vergleichen *Obligationsinteresse* 21: Alle Verabredungen über Dinge, welche nach unserer Lebensanschauung freie Aeusserungen der Liebe oder des Anstandes sein sollen, sind dem Rechtsverkehr und damit der Rechtspflicht entzogen; noch mehr gilt dies von allem, was sich auf die Religion bezieht. — Auch Crome *System* II 20.

dieser Formulierung zu verneinen ist. Der Hinweis genügt, dass beispielsweise die Schenkungen (1), die doch zweifellos in die Rechtssphäre hineinfallen, in den meisten Fällen aus Motiven der Liebe, des Anstandes, der Religion geschehen. *Kohler* schränkt darum seinen Satz dahin ein, dass eine aus den genannten Motiven erfolgende Verpflichtung dann „ in das Recht eintrete ", wenn sie „ einen geschäftlichen Charakter annehme. Wann dies im Einzelfalle zutrifft, hängt von den gesellschaftlichen Anschauungen ab ". (2) Ich glaube, das Moment, welches *Kohler* mit dem Ausdruck „ geschäftlicher Charakter " bestimmen will, genauer und klarer dahin bezeichnen zu können, dass die Angehörigkeit zum Wirtschaftsleben, wie es in der früheren Darstellung erörtert worden ist, erfordert ist. Alles wirtschaftliche Handeln unterliegt der rechtlichen Regelung.

Diese ist vorzugsweise enthalten in dem zweiten und dritten Buche des Bürgerlichen Gesetzbuchs. „ Im Schuldrecht und Sachenrecht ist das Verkehrsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs enthalten. " (3) Im Gesetze selbst ist das Kriterium des „ Wirtschaftlichen " für die dort geregelten Tatbestände nicht ausgesprochen; es ist zu fragen, wie weit die Bestimmungen des 2. und 3. Buches des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Wirtschaftsleben Bedeutung haben. Anders gewendet lautet die Frage: ob die genannten Bestimmungen sich auf die Regelung des Wirtschaftslebens beschränken, ob für die Anwendbarkeit derselben die *Zugehörigkeit des Tatbestandes zu dem Gebiete des wirtschaftlichen Verkehrs vorentscheidend* ist. Die Frage ist m. E. zu bejahen. (4)

Bezüglich des *Sachenrechts* ist ein Widerspruch kaum zu besorgen. Das Sach*gut* ist das Objekt des dinglichen Rechts, nicht die Sache als körperlicher Gegenstand. (5) Eine Sache wird zum Sachgut, wenn

---

(1) Cf. Crome *System* II 20 u. Anm. 13.

(2) *Lehrbuch* I 12, cf. *Obligationsinteresse* 18: Versprechungen erzeugen keine Obligation, wenn sie einer Sphäre des Lebens angehören, die nicht geschäftsmässig ist und es nicht sein soll. — Auch Crome *System* II 20.

(3) Sohm in *Systematische Rechtswissenschaft* 19.

(4) Die folgende Darstellung scheidet das Schadenersatzrecht, das später im Zusammenhang erörtert werden soll, aus.

(5) Cf. Oertmann *Volkswirtschaftslehre des c. i. c.* 15.

sie Objekt des Interesses einer Privatwirtschaft ist. Damit ist klargestellt, dass für die Möglichkeit des Bestehens eines absoluten Rechts an einer Sache nicht deren Wert massgebend ist, sondern deren privatwirtschaftliche Brauchbarkeit. (1) Eine solche Brauchbarkeit begründet der Wert in nicht höherem Masse als irgend ein Affektionsinteresse. Es hiesse die Aufgabe der Rechtsordnung, insbesondere des rechtlichen Schutzes, total verkennen, wollte man ihn nur da wirksam werden lassen, wo ein geldwertes Interesse besteht. Er muss auch da eintreten, wo eine Sache aus idealen, rein persönlichen Interessen begehrt wird. Dagegen wird der Rechtsschutz versagen müssen rücksichtlich einer wertlosen absolut unbrauchbaren Sache. Die einzige Brauchbarkeit würde nur darin bestehen können, durch Verfolgung des Rechtes einem anderen Unannehmlichkeiten zu verursachen, „die Ausübung eines Rechts aber ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen" (§ 226 BGB). „Das Vorhandensein eines rechtmässigen Interesses ist die Voraussetzung des subjektiven Rechts"; (2) ich möchte darum annehmen, dass in solchem Falle das Schikaneverbot das Eigentumsrecht zum Untergange bringt. Es ergibt sich daraus, dass eine Sache nicht Objekt eines absoluten Rechts sein kann, wenn sie nicht wirtschaftliches Gut ist. Diese Eigenschaft ist notwendig, um ihren Charakter als Rechtsobjekt zu begründen.

---

(1) Es wird verschiedentlich der Versuch gemacht, das „Geldwert" - Erfordernis für die Vermögensrechte mit der Begründung aufrechtzuerhalten, dass *jede* Sache einen Wert repräsentiere. So Kipp *Pand.* I 150 A. 1 und Binder *Gegenstand* 17 f. und *Vermögensrecht und Gegenstand* 228 ff. — gegenüber Sohm, der zur Begründung seiner Lehre, das Kriterium der Vermögensrechte sei die Verfügbarkeit, nicht der Geldwert, darauf hinwies, dass es Vermögensrechte ohne Geldwert gebe; cf. *Vermögensrecht. Gegenstand. Verfügung* 180 f. —: „Es ist ja auch wohl ohne weiteres einleuchtend, dass das Eigentum an der geringfügigsten Sache ein geldwertes Recht ist, da, wenn der einzelne Papierfetzen, der für sich keinen in Geld ausdrückbaren Wert bedeutet, *deshalb* keinen Geldwert besitzen würde, auch eine Wagenladung solcher Papierfetzen keinen Geldwert besitzen würde nach dem einfachen Exempel: 0 + 0 = 0." Die Rechnung ist falsch, weil der Wert keine immanente Wesenseigentümlichkeit, sondern nur eine Beziehung der Dinge ist, die nicht durch logische Konstruktion, sondern allein durch die tatsächlichen Verhältnisse des Wirtschaftslebens hergestellt werden kann.

(2) Mauczka *loc. cit.* 170.

Nicht unbestritten dagegen ist der Satz, dass das Recht der *Schuldverhältnisse* sich auf die Regelung dem Wirtschaftsleben angehöriger Tatbestände beschränkt (1). In der Literatur wird die Frage regelmässig erörtert in der Fassung, ob zur Rechtsbeständigkeit eines Leistungsversprechens „ *Vermögenswert der Leistung* " erfordert sei (2).

Dieses Erfordernis stellen auf *Oertmann:* „ Das Fallenlassen des Vermögensinteresses würde den Begriff der Obligation zur unbrauchbaren Weite verflüchtigen und alle festen Grenzen gegen andere relative Rechte niederreissen... Nur darf man das Erfordernis nicht zu enge fassen. Es braucht kein konkreter Vermögensvorteil durch den einzelnen Fall erzielt zu werden, sofern es sich nur um Leistungen handelt, „ die im wirtschaftlichen Verkehr und um Geld beschaffbar sind " ", (3) und *Endemann:* „ als Kennzeichen eines rechtlich bindenden anerkannten Schuldverhältnisses dient, dass sein Inhalt auf ein Vermögensinteresse, auf geldwerte Güter gerichtet sei. Das entspricht dem Gesamtinhalte der Ordnung des bürgerlichen Rechts. Hierdurch wird die praktisch brauchbare Grenze gegenüber den zahlreichen, in das Rechtsgebiet nicht eintretenden, geselligen oder Freundschaftsversprechen gezogen " (4 5).

---

(1) Sohm in *Systematische Rechtswissenschaft* 26 erklärt: „ Das Schuldrecht ist ein Teil des Vermögensrechts ".

(2) Kohler *Lehrbuch* I 13 betont richtig: „ Gewöhnlich bespricht man die Frage im Schuldrecht; sie hat aber eine allgemeine Beziehung: es handelt sich um die Tragweite der Rechtsordnung und ihre Beziehung zu den menschlichen Lebensverhältnissen ". — Cf. auch Sohm *Vermögensrecht. Gegenstand. Verfügung* 574.

(3) *Recht der Schuldverhältnisse* N. 1 b zu § 241 und S. 2. — Eine Inkonsequenz bedeutet aber m. E. die Meinung, dass „ auch nach der hier vertretenen Ansicht ideale Interessen unter Umständen rechtlich gesichert werden durch Ausbedingung einer Konventionalstrafe " (a. a. O. § 241 N. 1 b, cf. § 343 N. 2). Denn was nicht rechtsgültig versprochen werden kann, kann auch nicht durch Beredung einer Konventionalstrafe rechtlich erzwingbar gemacht werden.

(4) *Lehrbuch* I 626. Eine Abschwächung dieses Prinzips erkenne ich in der Ausführung, dass Nebenleistungen „ im weitesten Umfange " gültig verabredet werden können (*loc. cit.* 629). Im Gegensatz zu Endemann bin ich der Meinung, dass alles, was als Nebenleistung gültig versprochen werden kann, auch den Inhalt eines selbständigen Forderungsrechts zu bilden geeignet ist.

(5) Ebenso wohl auch Sohm *loc. cit.* 4, 38.

Die meisten Autoren sind anderer Ansicht. *Stammler* urteilt: wer meint, „ dass das Recht doch nur dem wirtschaftlichen Leben zu dienen habe, der muss von sozialer Wirtschaft einen wenig abgeklärten Begriff haben, und würde voraussichtlich in dessen Identifizierung mit den auf Gelderwerb gerichteten Tätigkeiten eine fatale petitio principii begangen haben. " (1) *Kohler*: „ Völlig unrichtig ist die Anschauung, welche alles an das Vermögen hängt und eine Verpflichtung nur innerhalb des Vermögenskreises als rechtlich wirksam anerkennt. " (2 3) *Binder* erkennt ebenfalls „ Forderungen auf Leistungen ohne Vermögenswert " an. (4)

Wie soll nun bei dem Wegfall des Kriteriums „ Vermögensinteresse " die Abgrenzung der rechtsverbindlichen von den unverbindlichen Versprechungen gefunden werden? *Matthiass* (5) stellt das Erfordernis eines „ schutzwürdigen Interesses " auf: „ Damit ist zunächst die Befriedigung der Laune vom Gebiete der Schuldverhältnisse ausgeschlossen wie vom Rechtsgebiete überhaupt. Das Recht greift aber, wie überhaupt, so auch hier nicht hinüber auf das Gebiet der Sitte, des Anstandes und der Moral. " Aehnlich fordert *Stammler* (6): wenn die Rechtsordnung die Wechselbeziehungen, in denen sich die Privaten zu einem Wirken zur Befriedigung irgendwelcher Bedürfnisse verbinden, „ aufnehmen und verwirklichen soll, so darf

---

(1) *Recht der Schuldverhältnisse*. 3.

(2) *Lehrbuch* II 89.

(3) Auch Crome *System* II § 141, Cosack *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* I 278 ff, Planck II 5 f., dazu § 1939 N. 2, § 1940 N 3, Matthiass *Lehrbuch* I 325. Letzterer will aber die Bezeichnung „ Vermögensrechte " beibehalten, wegen der „ regulären Erscheinung, " dass ihr Gegenstand eine Schätzung in Geld zulässt (*loc. cit.* I 67, ebenso 319 f.)

(4) *Gegenstand* 18, *Vermögensrecht und Gegenstand* 228 ff. — Die Unstimmigkeit, dass Forderungen auf nicht vermögenswerte Leistungen trotzdem im System des Privatrechts zu den Vermögensrechten gestellt werden, wird von den meisten Autoren nicht beachtet. Sohm *Vermögensrecht. Gegenstand. Verfügung* 188 bestreitet diesen Forderungsrechten die Qualität als Forderungsrechte und erklärt sie als „ personenrechtliche Ansprüche ". Dagegen mit Recht Binder *Vermögensrecht und Gegenstand* 229. Dieser selbst (228 ff.) entscheidet sich für die Anerkenung von Forderungsrechten, die ausserhalb des Systems der Vermögensrechte fallen.

(5) *Loc. cit.* 325.

(6) *Loc. cit.* 3.

man freilich fordern, dass sie einem jeweils objektiv berechtigten Bedürfnisse dienen, also — juristisch gefasst — innerhalb der Grenzen der Vertragsfreiheit überhaupt gelegen sind, nicht gegen Rechtsverbot noch gute Sitten verstossen. " *Kohler* definiert: Das Interesse „ muss einen gewissen sozialen Hintergrund haben. " (1) Alle diese Formulierungen entbehren aber der notwendigen Klarheit. Dass die negative Bestimmung: Ausschluss der Gebiete der Sitte, des Anstands, der Moral usw. wenig fruchtbringend ist, ist bereits vorher ausgeführt worden; ebenso ergibt die Verweisung auf die „ Rechtssphäre " kein praktisch brauchbares Kriterium, denn die Charakterisierung der Voraussetzungen eines Schuldverhältnisses bestimmt ja erst den Umfang der Rechtssphäre. „ Schutzwürdiges " oder „ objektiv berechtigtes " Interesse ist nicht prägnant genug, wie auch *Crome* (2) anmerkt. Die Verweisung endlich auf den „ sozialen Hintergrund " oder den „ geschäftsmässigen " Charakter (3) scheint mir ebenfalls nicht genügend praktisch.

Demgegenüber haben die Bestimmungen *Oertmanns* und *Endemanns* jedenfalls den Vorzug grösserer Klarheit und Praktikabilität. Sie müssen aber eine Erweiterung erfahren, insofern die Erforderung des „ Geldwerts " der Leistung weder allgemein noch grundsätzlich richtig erscheint: es ist auf den *wirtschaftlichen Charakter der Leistung* abzustellen. (4)

---

(1) *Obligationsinteresse* 3 A. 5 a; auch *Lehrbuch* I 12. — Cf. Ausserdem Crome *System* II § 141, Planck II 6.

(2) *System* II 19 u. A. 9.

(3) Crome *loc. cit.* 20.

(4) Vielfach wird die Meinung vertreten, als ob „ Geldwert " und „ wirtschaftlicher Charakter " identisch sei. So z. B. Endemann: „ Unter den Vermögensinteressen sind alle wirtschaftlichen Gebrauchswerte zu verstehen " (*loc. cit.* 626), und dagegen: „ In allen Fällen muss sich die Leistung als ein Gut erweisen, dessen Empfang nach den allgemeingültigen Grundsätzen des Verkehrs als wirtschaftlich wertvoll erscheint. Das Kennzeichen hierfür ist, dass das versprochene Gut einen objektiven Verkehrswert besitzt, der sich in dem allgemeinen Wertmesser des Verkehrs, in Geld, ausdrücken lässt. Die Abschätzbarkeit des Leistungswerts in Geld ist mithin als materielles Erfordernis der Schuldverhältnisse zu verstehen " (*loc. cit.* 627).

Binder *Vermögensrecht und Gegenstand* 251 betont zutreffend: „ Als sich das Wort Vermögen auf seinen heutigen Begriff beschränkte (= Geld und Gut), da muss nicht das Verfügenkönnen im Rechtssinne, d. h. vor allem die Veräusserung,

Handelt es sich um eine *Sachleistung*, d.h. um das Zur-Verfügung-Stellen einer Sache, so kann ein „ Wert " dieser Sache nicht erfordert sein, sondern es genügt ihre privatwirtschaftliche Brauchbarkeit. Dieses Erfordernis ist aber klargestellt dadurch, dass der Empfänger der Leistung die Sache begehrt, besitzen und nutzen will. Zutreffend führt Stammler (1) aus: da „ man auch bei dinglichen Rechten jenes beschränkende Erfordernis einer nachzuweisenden Verwertungsmöglichkeit in Geld wohl niemals aufgestellt " habe, „ warum soll ein auf Lieferung solcher Objekte gerichteter Vertrag notwendig ausserhalb des Rechtsgebiets fallen müssen? " Dass nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche der Wertcharakter einer Sachleistung nicht erfordert ist, darf der Bestimmung des § 633 entnommen werden: Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk so herzustellen, dass es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. (2 3)

---

dabei im Vordergrunde gestanden haben (— wie Sohm meint —), sondern vielmehr die Möglichkeit des Habens und Gebrauchens, der Fruchtziehung und des Nutzwertes. Nur eine Folgeerscheinung der Fungibilität des letzteren ist die Tauschbarkeit und Verfügbarkeit. In diesem Sinne hat die Lehre die Begriffe Vermögen und Vermögensrecht von jeher verstanden. " Wenn Binder aber daneben an der „ Geldwertigkeit der Vermögensrechte " (*loc. cit.* 254) festhält, so scheint mir diese Inkonsequenz darauf zurückzuführen sein, dass er den Tatsachen des Wirtschaftslebens keine besondere selbständige Betrachtung gewidmet hat, sondern im Anschluss an die hergebrachten Meinungen „ wirtschaftlichen Charakter " und „ Geldwert " identifizierte.

Für das Geldwerterfordernis kann nicht etwa angeführt werden, dass das Gesetz mehrfach vom „ Wert des vermögensrechtlichen Anspruchs " (cf. GVG §§ 14 Z. 3, 23, CPO §§ 546, 709) spricht. Denn für die Schätzung des Werts in diesem Zusammenhang kommt nicht allein der Wert des Objekts selbst, sondern auch der Wert des Interesse in Betracht. Dieser ist weder identisch mit jenem Wert, noch hat er ihn zur Voraussetzung, wie später noch zu zeigen sein wird. Mit Rücksicht auf das Interesse sind allerdings sämtliche Objekte des Wirtschaftsverkehrs auf „ Werte " zurückzuführen.

(1) *loc. cit.* 4.

(2) Cf. auch § 537 BGB: Tauglichkeit zu dem vertragsmässigen Gebrauch.

(3) In der Sache stimme ich hier mit Binder *Vermögensrecht und Gegenstand* 228 vollständig überrein, nicht allerdings in der Begründung, dass Forderungsrechte auf Sachleistungen notwendig „geldwerte Rechte " seien; cf. dazu A. 1 zu S. 70 dieser Arbeit.

Die zweite Kategorie von Schuldverhältnissen hat menschliches Verhalten *(Dienstleistung, Zulassung, Unterlassung)* zum Gegenstande. Im früheren ist festgestellt worden, dass die Zugehörigkeit von Leistungen zum Wirtschaftsleben mit ihrer Entgeltbarkeit gegeben ist, d.h. mit ihrer regelmässigen oder aktuellen Entgeltung. (1) Dieser Gesichtspunkt ist auch für die rechtliche Betrachtung massgebend. *Binder* (2) ist in diesem Punkte grundsätzlich anderer Ansicht; er meint: „ Fragen wir, wann wir von einer Leistung von Vermögenswert reden können, so kann es offenbar nicht darauf ankommen, welche Bedeutung die Leistung für den Schuldner hat, ob also die Leistung etwa für Geld zu haben ist oder nicht, " und er begründet dies: „ weil dann nämlich der Charakter der Leistung von einem ausser ihr liegenden Moment abhängen würde. " Zunächst ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb die Bedeutung der Leistung für der Schuldner nicht massgebend sein dürfe. Dazu kommt, dass es doch ein recht eigenartiger Zustand sein würde, wenn bei einem zweiseitig verpflichtenden Vertrag die Verpflichtung des einen — Zahlung — vermögensrechtlicher, die Verpflichtung des anderen — Leistung — nicht-vermögensrechtlicher Natur sein sollte. Endlich aber möchte ich darauf hinweisen, dass die „ Abhängigkeit von einem ausserhalb liegenden Moment " ebenso bezw. ebensowenig bei den „ Leistungen von Vermögenswert " (im Sinne Binders), wie bei den „ Leistungen ohne Vermögenswert " (im Sinne Binders) vorhanden ist. Denn der Grund, dass ein Objekt Gegenstand eines vermögensrechtlichen Geschäfts ist, liegt nicht im Rechte, sondern im Wirtschaftsleben, und dieses kann ebenso gut Sachen, wie Leistungen zu den Gegenständen des Wirtschaftsverkehrs zählen.

Es ist nun festzustellen, dass alle in der Doktrin aufgeführten Fälle „ nicht-vermögenswerter " Leistung in dem hier vertretenen Sinne entweder als Sachleistung oder als Dienstleistung, Zulassung,

---

(1) Es kommt nicht darauf an, dass die einzelne Dienstleistung entgolten wird, es genügt das Bestehen eines Dienstverhältnisses, dem die Verpflichtung zu den einzelnen Leistungen entspringt.

(2) *Vermögensrecht und Gegenstand* 230 f.

Unterlassung die Zugehörigkeit zum Gebiete des Wirtschaftsverkehrs aufweisen. *Planck* führt als Vermächtnis „ nicht vermögensrechtlichen Inhalts " an: die Einsichtnahme in die vom Erblasser hinterlassenen Briefschaften und Manuskripte, wenn die Gestattung für den anderen keinen Vermögenswert habe. (1) Hier liegt unzweifelhaft eine wirtschaftliche Sachleistung vor. *Crome* (2) nennt: das Unterlassen störenden Klavierspiels, das Nichtbetreten des Mietgartens zu bestimmten Zeiten oder durch Kinder, Dienstboten des Mieters. Solche Versprechungen sind regelmässig entgeltbar und damit wirtschaftlicher Natur. (3) Dem Wirtschaftsleben angehörig ist auch ein Versprechen des Inhalts, für die eigene Gesundheit Sorge zu tragen, wenn es z.B. durch eine Versicherungsleistung entgolten wird. So ausdrücklich § 183 des Versicherungsvertraggesetzes (vom 30. Mai 1908) bezüglich der Unfallversicherung: „ Der Versicherungsnehmer hat für die Abwendung und Minderung der Folgen des Unfalls nach Möglichkeit zu sorgen und dabei die Weisungen des Versicherers zu befolgen, soweit ihm nicht etwas unbilliges zugemutet wird. " Unrichtig darum *Kohler* (4): „ Innerhalb des Schuldrechts kann immer nur das sein, was in die Rechtsordnung fällt... Daher versteht es sich von selber, dass... von einer Rechtspflicht nicht die Rede ist, wenn jemand in seinem eigenen Interesse etwas zu tun verspricht (z. B. im Interesse seiner Gesundheit): Denn die Sorge für sein eigenes Seibst muss nach unserer Kulturordnung jedem überlassen bleiben, sofern nur der Mensch noch leidlich normal ist. "

Die Bezugnahme auf den wirtschaftlichen Charakter des Tatbestandes versagt, soweit wir sehen, nur in einem der in der Literatur genannten Fälle eines Schuldversprechens ohne Vermögenswert. *Kohler* (5) spricht sich für die Zulässigkeit einer kleinen Vertragsstrafe für den Fall des Nichterscheinens eines Vereinsmitgliedes zu

---

(1) N. 2 zu § 1939.

(2) *loc. cit.* II 20 A. 14. — Weitere Beispiele ENDEMANN I 626 A. 2.

(3) Gegenstand eines Schuldversprechens kann alles sein, was Gegenstand einer Dienstbarkeit ist. Dies gilt besonders für Unterlassungsversprechen.

(4) *Lehrbuch* II 1 S. 89.

(5) II 1 S. 91.

einer geselligen Zusammenkunft aus. Aber in diesem Falle handelt es sich gar nicht um Verkehrsrecht, sondern um autonomes Vereinsrecht. (1)

Mit dem Satze, dass das gesamte Verkehrsrecht nur wirtschaftliche Tatbestände enthalte, scheint nicht in Einklang zu stehen die Bestimmung des § 343, dass bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Vertragsstrafe „ jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht blos das Vermögensinteresse in Betracht zu ziehen " sei. Die Doktrin benutzt die Bestimmung, um den Ansprüchen auf nichtvermögenswerte Leistungen in Anbetracht des § 253, der betreffs ihrer Ersatz des Interesse in Geld ausschliesst, einen praktischen Schutz gegen Verletzung zu verschaffen. (2) Nach der hier vorgetragenen Darstellung kann davon keine Rede sein, weil Gegenstand eines Leistungsanspruchs nur ein wirtschaftliches Objekt sein kann. Inwiefern kann nun bezüglich eines wirtschaftlichen Objekts ein berechtigtes Nichtvermögensinteresse vorhanden sein? *Planck* (3) nennt „ Affektionsinteresse " und „ ideales Interesse, " betont jedoch, dass es ein „ verständiges " Interesse sein müsse, nicht der Laune oder der Phantasie entspringen dürfe. Wo Affektionsnutzungsinteresse mit Rücksicht auf ein Sachgut vorliegt, ist dieses als wirtschaftliches Interesse anzuerkennen, bezüglich der Leistungen aber gilt, dass für sie ein wirtschaftliches Interesse des Leistungsempfängers niemals erfordert ist, da ja ihr wirtschaftlicher Charakter

---

(1) Kohler II 1 S. 90 erwähnt einen weiteren Fall: „ Objekt des Schuldrechts kann aber auch eine Leistung sein, die im Leben nicht als Geldwert gilt, sofern sie nur nach den Anschauungen unserer Kulturordnung einen Angriffspunkt des geschäftlichen Verkehrs bilden kann; so die Unterlassung von Handlungen, welche nach gewisser Seite hin verletzen, Gefühle zur Empörung bringen oder soziale Schäden erzeugen. Inwiefern ein derartiges Versprechen in die Zukunft wirken kann, inwiefern eine solche Bindung nicht den Geboten der persönlichen Freiheit widerstrebt, ist eine andere Frage; aber für einige Zeit ist eine derartige Verbindlichkeitsübernahme möglich; so namentlich von Seiten der Mitglieder eines Vereins. " Hierzu ist zu bemerken, dass Vereinsrecht nicht zum Verkehrsrecht gehört; genannte Abmachungen dürften eine rechtliche Verbindlichkeit nicht erzeugen, wenn ihr Objekt die Unterlassung einer rechtswidrigen Handlung ist; im anderen Falle ist ihre Entgeltbarkeit anzunehmen.

(2) Cf. Planck § 343 N. 2 b, § 253 N. 3, Crome *System* II 21 A. 17.

(3) § 343 N. 2 b.

ausschliesslich durch die Interessenlage auf Seiten des Leistenden bestimmt wird. Vermögensinteresse im Sinne des § 343 wird als identisch mit Geldwertinteresse anzusehen sein, in dem Sinne, dass die Interessenverletzung einen direkten Geldwertverlust nach sich zieht. Die Bestimmung des § 343 enthält sonach keine Ausnahmeregel.

Die Rechtsordnung ist eine Regelung des sozialen Zusammenwirkens der Menschen. Darum machen ihre Bestimmungen Halt, wo lediglich *auf die Privatwirtschaft beschränkte Wirkungen* in Frage stehen. Z. B. ist die Nutzung einer Sache dem Rechte gleichgültig, wenn und so lange das die Nutzung vollziehende Verhalten und seine Folgewirkungen die Interessen andrer Privatwirtschaften (bezw. Gemeinwirtschaften) nicht berühren. Das rechtliche Erlauben „ erstreckt sich nur soweit, als die natürliche Freiheit die Sphäre andrer Individuen zu berühren imstande ist. Wenn eine Handlung jedoch — absolut oder relativ — nicht imstande ist, eine rechtlich relevante Wirkung auf andre hervorzurufen, kann sie nicht als eine erlaubte bezeichnet werden... Das Recht regelt Beziehungen der Menschen untereinander, kümmert sich daher nicht um Handlungen, soweit sie nach seinem Ermessen eine derartige Beziehung nicht besitzen ". (1) Daraus folgt, dass der sog. *Genuss des Rechts* aus der Betrachtung des Rechts ganz auszuscheiden ist. Richtig *Thon:* „ Ein Recht der Zerstörung, welches viele dem Eigentümer und nur diesem zusprechen, ja ohne welches nach der Ansicht einiger der Eigentümer aufhören würde, Eigentümer zu sein, existiert nicht ". (2) Wenn er hinzufügt: „ Dem Eigentümer ist nur für gewöhnlich nicht verboten, seine Sache zu zerstören ", so könnte diese Ausdrucksweise die Meinung hervorrufen, als nehme die Rechtsordnung zu den Genusshandlungen überhaupt Stellung. Das tut sie aber nur in dem Falle, dass die Handlungen auf die Interessensphäre andrer Privatwirtschaften direkt einwirken. So z. B. in den vom Strafgesetzbuch mit Strafe bedrohten Fällen der

(1) Jellinek *loc. cit.* 46; auch 50: „ Alles Recht ist notwendig Relation von Rechtssubjekten, wo aus irgend einem Grunde die Relation mangelt, ist daher auch das Recht ausgeschlossen ".

(2) *loc. cit.* 300.

Brandstiftung von Wohngebäuden usw. (§§ 306 ff.). Aber auch hier nimmt die Rechtsordnung nicht zu der Genusshandlung als solcher Stellung, sondern nur zu dem Tatbestand der Interessenschädigung bezw. Interessengefährdung. (1)

Der Satz, dass die Rechtsordnung nur da eingreift, wo die Beziehungen verschiedener Privatwirtschaften zu einander in Frage kommen, möchte auch zur Lösung der Streitfrage benutzt werden können, welche „ *Geschäfte* " als Gegenstände des Auftrags und der Geschäftsführung ohne Auftrag anzusehen sind, und zwar würde die Antwort sich mit der herrschenden Lehre (*Oertmann loc. cit.* § 675 N. 1 b und *Crome* II §§ 252, 253) identisch erweisen.

Die Rechtsordnung stellt eine Ordnung des Wirtschaftslebens dar. „ Ordnen " setzt „ scheiden " voraus: Die Regelung der Interessenkollisionen verlangt einen Massstab, nach welchem die Lösung vorgenommen werden soll. Dieser Massstab ist die *Rechtmässigkeit der Interessen.* (2) Absolut ungerechtfertigte Interessen sind diejenigen, welche unsittlicher Natur sind und solche, welche einem Rechtsverbot zuwider sich durchsetzen wollen. Die ungerechtfertigten Interessen können unter keinen Umständen Rechtsschutz für sich beanspruchen.

Von besonderer Wichtigkeit für das Verkehrsrecht ist die Tatsache, dass die *unsittlichen Interessen* aus der Rechtssphäre herausfallen. Schuldverpflichtungen wirtschaftlichen Charakters entbehren der rechtlichen Anerkennung, wenn sie einem unsittlichen Interesse dienen sollen. (3) Das ist u. a. der Fall, wo die Schuldverpflichtung ein persönliches Verhalten betrifft, dessen Bindung nach unseren sittlichen Anschauungen nicht zur Marktware werden darf. Aus dieser Erwägung wird z. B. das Entstehen einer Rechtsverbindlichkeit zu

---

(1) Cf. auch Kohler I 14 f: „ In die Rechtsausübung hat die Rechtsordnung regelmässig nicht weiter hinein zu reden, und ob sie sittlich oder unsittlich ist, will und kann die Rechtsordnung nicht überwachen... Nur dann ist es anders, wenn der Missbrauch in die von der Rechtsordnung geschützten Rechte oder Interessen eingreift ".

(2) Zu vergleichen Mauczka *loc. cit.* Kapp. 5—13.

(3) Ausführliche Kasuistik bei Kohler II 1 S. 93—104.

verneinen sein, wenn jemand aus Laune für einen Kuss 20 M., für den ersten Walzer ein neues Ballkleid verspricht usw. Dagegen kann ich der Begründung, die *Endemann* (1) für diese Entscheidung gibt, dass die Leistung keinen „ objektiven Verkehrswert " habe, nicht beistimmen; denn die Leistung von 20 M., des Kleides hat doch zweifellos einen „ objektiven Verkehrswert ". Wie aber ist das Entgeltversprechen für einem Tanz auf einem Wohltätigkeitsbasar zu beurteilen?

Die Wirtschaftslehre betrachtet die Tatsächlichkeit der Erscheinungen auf dem Gebiete des Wirtschaftslebens. Ihre Feststellungen berücksichtigen auch die auf unsittlicher und unrechtmässiger Grundlage beruhenden wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den Privatwirtschaften. Soweit diese Beziehungen den Erwerb von Gütern sicherstellen, gehören sie zu dem wirtschaftlichen Vermögen. Diese Auffassung ist für die rechtliche Betrachtung unmöglich. Wenn es nicht gestattet ist, „ durch einen Vertrag ein Recht gegen eine Person zu erlangen, das gegen die Sittlichkeit verstösst ", noch auch „ durch den Vertrag Geld, also ein an und für sich sittliches Gut, in einer Weise zu erwerben, dass durch den Gelderwerb die Unsittlichkeit befördert wird " (2), so ist es klar, dass die auf Grund solcher Abrede entstehenden Erwerbserwartungen keine Berücksichtigung verdienen können, wenn die Rechtsordnung dem Vermögen ihren Schutz will zukommen lassen. *Der wirtschaftliche Vermögensbegriff ist juristisch unbrauchbar.*

Wenn gleichwohl juristische Schriftsteller (3) mit dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff operieren, so ist anzunehmen, dass sie diesen Begriff nicht genügend durchdacht haben. Die Erkenntnis der Unbrauchbarkeit des hergebrachten juristischen Vermögensbegriffs und der Bedeutsamkeit wirtschaftlicher Momente legt allerdings die Einführung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs nahe. Aber bei näherer Prüfung ergibt sich bald, dass die neu eingesetzte Grösse unrichtig ist.

---

(1) I S. 627 A. 4.
(2) Kohler I 14.
(3) So *Fischer* und *Doerr*.

2. Die Privatwirtschaft und die Rechtsordnung.

Die Privatwirtschaftsführung erschöpft sich in der Bereitstellung und der Nutzung der Sachgüter.

Die unmittelbare Nutzung entzieht sich, wie im vorigen Kapitel ausgeführt wurde, regelmässig der rechtlichen Beurteilung und damit der rechtlichen Beeinflussung. Aber es wäre falsch zu sagen, dass sie von der Rechtsordnung vollständig unabhängig wäre. Die unmittelbare Nutzung setzt ein Verhältnis des Wirtschaftssubjekts zu dem Sachgut voraus, welches eine direkte Einwirkung zulässt, ein *physisches Gewaltverhältnis*. (1) In der Sozialwirtschaft verlangt noch eine zweite Rücksicht die Herstellung bezw. das Bestehen eines derartigen Gewaltverhältnisses, das Interesse, die übrigen Privatwirtschaften in der Nutzung der Sachgüter zu beschränken, damit sie genötigt sind, von den Besitzenden die für sie notwendigen Sachgüter zu erwerben.

Das Interesse des Privatwirtschaftssubjekts an der tatsächlichen Gewalt über die Sachgüter wird von der Rechtsordnung anerkannt und geschützt. Die Schutzbedürftigkeit gründet sich darauf, dass das Wirtschaftssubjekt für sich allein regelmässig nicht die Macht hat, die Aneignungsgelüste andrer Menschen abzuwehren. Der rechtliche Schutz aber wird verliehen mit Rücksicht darauf, dass die Unmöglichkeit der Nutzung der Sachgüter gleichbedeutend ist mit der Vernichtung der menschlichen Existenz. (2 3)

An sich ist möglich, dass die Rechtsordnung diesen Schutz nur

---

(1) Cf. v. Böhm-Bawerk *loc. cit.* 37.

(2) Ohne jenes Gewaltverhältnis ist eine Wirtschaftsführung unmöglich, es handelt sich infolgedessen bei ihm um eine natürliche Kategorie, die in jeder sozialen Ordnung notwendig Anerkennung fordert. Hierin liegt der m. E. richtige Kern der Idee von der „Naturnotwendigkeit des Privateigentums" beschlossen.

(3) Ich sehe hierin die legislatorische Rechtfertigung des allgemeinen Besitzschutzes. Gegen die von v. Ihering gelehrte Begründung: „Der Besitzschutz ist gedacht als erleichterter Eigentumsschutz" (*Besitz* 58) spricht die Erwägung, dass

rücksichtlich bestimmter Sachgüter zugesteht, nach heutigem Recht aber ist eine Beschränkung nach dieser Richtung nicht vorhanden. Man könnte bemerken, dass es der Aufgabe der Rechtsordnnug nicht entspreche, mit ihrem Schutze einzutreten, wo es sich um unsittliche Nutzung handle. Allein die Nutzung als solche wird nicht geschützt, sondern nur die *Nutzungsmöglichkeit,* und rücksichtlich dieser ist zu sagen, dass es keine Sache gibt, die ausschliesslich unsittliche Nutzung gestattet.

Die Herrschaft über die Sachgüter findet die rechtliche Anerkennung und den rechtlichen Schutz in dem *Besitzinstitut.*

Das BGB enthält keine ausdrückliche Definition des Besitzbegriffs, jedoch lässt die Wortfassung der §§ 854 — 856 erkennen, dass das Gesetz unter Besitz die Inhabung und Ausübung der „ *tatsächlichen Gewalt* " versteht. (1) Das ist freilich keine besonders glückliche Definition. Schon *v. Ihering* hat darauf hingewiesen, dass an einer grossen Zahl von Sachen eine „ tatsächliche Gewalt " schlechterdings nicht denkbar ist: „ Die Behauptung, dass für den Besitzer an diesen — „ den offenen, freien, der Einwirkung Dritter ganz so wie der des Besitzers zugänglichen unbeweglichen " — Sachen ein physisches Gewaltverhältnis existiere, ist eine so ungeheuerliche, der Vorstellung, welche die Sprache mit dem Worte Gewalt verbindet, so schnurstracks

---

der Schutz ohne Rücksicht auf die Art und Weise, wie der Besitzerwerb zustande gekommen ist, also auch für unrechtmässig erworbenen Besitz eintritt. Einen weiteren Einwand erhebt mit Recht Oertmann (*Volkswirtschaftslehre des c. i. c.* 35 f.): „ Gerade für Ihering, der stets das Zweckmoment mit Recht betont, läge das Richtige doch nahe — das Recht ist nicht Selbstzweck, der Besitz ist nicht um des Eigentums, sondern das Eigentum des Besitzes wegen da... Ebenso ist auch neuerdings anerkannt, dass auch der Besitzwille sich nicht auf das Eigentum richtet (animus dominii), sondern auf wirtschaftliche Beherrschung der Sache (animus rem sibi habendi). " Die herrschende Meinung begründet den Besitzschutz aus dem Interesse der Erhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung. (Cf. v. Ihering *Besitz* 57 f.) Aber wie reimt sich damit, dass gerade der Besitz durch Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung, nämlich im Wege der Selbsthilfe verteidigt werden darf. Nach meiner Ueberzeugung gründet sich der allgemeine Besitzschutz auf die wirtschaftliche Bedeutung des Besitzes als Grundpfeiler der Privatwirtschaft. Eben darin liegt m. E. auch begründet, dass der Besitzerwerb nicht an die Geschäftsfähigkeit des Besitzers gebunden ist. Cf. Planck § 965 N. 1 b, § 854 N. 2.

(1) Cf. Strohal *Sachbesitz* 1 ff.

zuwiderlaufende, dass ich mich jedes Wortes zur Widerlegung glaube enthalten zu können. " (1) Ebensowenig wie an diesen unbeweglichen Sachen besteht eine tatsächliche Gewalt an den beweglichen Sachen, die gemäss ihrer wirtschaftlichen Bestimmung „ im Freien stehen, liegen, lagern ". (2) Aber die Bestimmung, die *v. Ihering* vorschlägt: Besitz ist „ die normale Gestaltung des Verhältnisses des Eigentums zur Sache ", (3) ist gleichfalls zu eng. Die richtige Auffassung des Besitzbegriffs ist wohl zuerst von *Goldschmidt* (4) ausgesprochen worden: „ Besitz ist in der Hauptsache allerdings tatsächliche Gewalt (Macht, Herrschaft), aber nicht diejenige, welche der einzelne haben will oder zu haben vermeint, sondern ein Machtverhältnis, welches dem Gemeinbewusstsein als tatsächliche Herrschaft erscheint "; es „ hat der Richter zu untersuchen, ob im einzelnen Falle diejenigen Kriterien vorliegen, an welche das (zeitige) durch Sitte und Recht beeinflusste Gemeinbewusstsein das Vorhandensein der tatsächlichen Macht (potestas) knüpft. " (5) Besonders hervorzuheben ist, dass in manchen Fällen es ausschliesslich die Rechtsordnung ist, welche die Besitzbeziehung herstellt, und insofern erscheint es mir nicht ganz richtig, wenn *Planck* sagt: der Besitz „ wird von der Rechtsordnung weder geschaffen noch seinem Inhalte nach positiv bestimmt. " (6) Gegenteils ist in nicht seltenen Fällen allein die rechtliche Herrschaftsbeziehung besitzbegründend, so vor allem für die meisten Besitzverhältnisse an den unbeweglichen Sachen. Der im Grundbuche als besitzberechtigt Eingetragene wird mit der Eintragung Besitzer, allein kraft der rechtlichen Herrschaftsbeziehung. Es ist kein Zufall, dass die §§ 854 — 856 BGB auf den Besitz an unbeweglichen Sachen nur zum Teil Anwendung finden. Die Fassung dieser Bestimmungen ist tatsächlich allein auf den Besitz an beweglichen Sachen berechnet.

---

(1) *Besitz* 79. — Cf. auch Planck § 854 N. 2.

(2) v. Ihering *Besitz* 78.

(3) *Besitz* 79; dagegen mit Recht Oertmann *Volkswirtschaftslehre des c. i. c.* 35 f.

(4) *Grundlagen der Besitzlehre* 78 und 229.

(5) Ebenso Planck *Sachenrecht* 26 u. § 854 N. 2, Endemann *Lehrbuch* II 1. Abteilung S. 151, auch wohl Oertmann *Volkswirtschaftslehre des c. i. c.* 35 f.

(6) *Sachenrecht* 26.

Dass die Bestimmung des Besitzes als „ tatsächliche Gewalt " nicht einwandfrei ist, geht weiter daraus hervor, dass sie sofort durch § 855 durchbrochen wird, indem trotz des Vorhandenseins der „ tatsächlichen Gewalt " der Besitz verneint wird, wenn der Inhaber derselben sie „ für einen Anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis " ausübt. Ganz klar ist auch diese Bestimmung nicht, denn es sind zweifellos Fälle möglich, wo jemand unmittelbarer Besitzer ist, trotzdem die Voraussetzungen des § 855 vorliegen. Man denke an den von *Strohal* (1) genannten Fall, „ dass ein Geschäftsherr einen seiner Angestellten zum Zwecke der Einziehung von Aussenständen in den Orient schickt. Sicherlich wird der Angestellte hier rücksichtlich des für seinen Geschäftsherrn vereinnahmten Geldes, der übernommenen Wechsel, Checks selbständiger Inhaber d. h. Besitzer. " Es ist also die Ergänzung notwendig, dass von „ Besitzdienerschaft " nur dann gesprochen werden kann, wenn der Besitzherr selbst als Inhaber der tatsächlichen Gewalt angesprochen werden kann. (2) Mit *Strohal* (3) wird man auch annehmen müssen, dass es für die Annahme unselbständiger Inhabung nicht geradezu wesentlich ist, dass die tatsächliche Gewalt „ für einen Anderen, " nämlich den Besitzherrn, ausgeübt wird. „ Vom Standpunkte sachlicher Beurteilung ist offenbar auch unselbständig die Inhabung des in fremdem Hause speisenden Gastes an Messer und Gabel. ... Die Frage, ob es nicht noch andere Fälle unselbständiger Inhabung gibt, wird durch § 855 nicht verneint, sondern offen gelassen. " (4) Der Besitzdiener ist nur solange Besitzdiener, als er nur als solcher tätig sein will; sobald er die Sache für eigene Zwecke gebrauchen will, ist er Besitzer: § 872: „ Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer. " (5)

Den Begriff des „ *Gewahrsams* " hat das BGB nicht aufgenommen,

---

(1) *Sachbesitz* 9.
(2) Ebenso Planck § 855 N. 1.
(3) *Sachbesitz* 10 f.
(4) *Eod. l.* 11 f.
(5) Cf. Planck § 872 N. 2 b: „ ... auch der Dieb ist Eigenbesitzer ", denn es „ besitzt eine Sache als ihm gehörend, wer sie mit dem Willen besitzt, sie wie eine ihm gehörende zu besitzen. "

vielmehr behandelt es ihn als Unterfall des „ Besitzes. " (1) Der Gewahrsam wird genannt im Falle der „ Zwangvollstreckung in körperliche Sachen " (CPO §§ 808, 809) und im Falle der Aufbewahrung fremder Wertpapiere (Depotgesetz vom 5. Juli 1896 § 7). Er bedeutet hier die Herstellung eines tatsächlichen Gewaltverhältnisses rücksichtlich der bergbaren Sachen (2) in der Form, dass eine Einwirkung seitens Dritter nicht ohne körperlichen Eingriff in den abgeschlossenen Herrschaftsbereich des Besitzers möglich ist. Mit Recht wendet sich *Planck* (3) gegen Dernburg, der für das Verhältnis des Besitzdieners den Ausdruck „ Gewahrsam " verwendet; „ im Sinne der §§ 808, 809, 886 der CPO hat jedenfalls regelmässig nicht der Besitzdiener, sondern der Besitzherr den Gewahrsam ". Zu bemerken ist auch, dass in dem Musterfalle des Gewahrsams, bei der „ Verwahrung ", der Inhaber des Gewahrsams nicht Besitzdiener ist.

Man kann der rechtlichen Bedeutung des „ Besitz " - begriffs vollständig nur gerecht werden, wenn man anerkennt, dass „ Besitz " nicht nur den Tatbestand der „ tatsächlichen Gewalt " bezeichnet, sondern zugleich auch eine *Rechtsposition*, „ die aus dem Besitztatbestand für den Besitzer sich ergebende rechtliche Stellung ". (4) Sie äussert sich in dem Besitzschutz nach §§ 858 ff, in der conditio usucapiendi nach §§ 937, 940 und in der Vermutung des Eigentums nach § 1006. Ob man diese Rechtsposition als subjektives Recht bezeichnen will, ist im letzten Ende Anschauungssache; ich selbst schliesse mich der Anschauung *Zitelmanns* mit Bezug auf die Klage aus § 861 an: „ Hier versagt ihre Auffassung als Deliktsklage und man muss sie als dingliche Klage zum Schutz eines vorhandenen

---

(1) Ob es zweckmässig war, den Gewahrsamsbegriff im BGB völlig auszuschalten, ist eine Frage für sich. Gewichtige Gründe sprechen dagegen. Cf. Meumann *Prolegomena* 30 f. und besonders Endemann *Lehrbuch* II 1. Abteilung § 35: „ Das objektive Gewahrsamsverhältnis " S. 184 ff.

(2) Ausdruck nach v. Ihering *Besitz* 78.

(3) § 855 N. 1.

(4) Strohal *Sachbesitz* I A. 1. Cf. Endemann *Lehrbuch* II 1. Abteilung S. 130 A. 15: „ Dem Besitz im Sinne einer rechtswirksamen Tatsache steht gegenüber der Besitz als Inbegriff der an diese Tatsache geknüpften Rechtsfolgen, mithin als Rechtsverhältnis... Der Doppelsinn des Wortes Besitz... verursacht auch die Verwirrung in der Auslegung des geltenden Rechts. "

Rechts an der Sache konstruieren: Das durch die Tatsache des Besitzes erworbene, ebenfalls „ Besitz " genannte Recht, dauert trotz der eingetretenen Besitzentsetzung fort. " (1)

Der *Besitz als Recht* ist nichts anderes als eine *rechtliche Herrschaftsbeziehung über eine Sache.* Sie ist regelmässig davon abhängig, dass der Berechtigte „ Inhaber der tatsächlichen Gewalt " ist. Auf Grund seiner tatsächlichen Herrschaft geniesst er rechtlichen Schutz. Nachdem aber der Besitz eine rechtliche Herrschaftsbeziehung ist, ist die Möglichkeit vorhanden, dass die Rechtsordnung die rechtliche Stellung des Besitzers, den Besitz als rechtliche Herrschaftsbeziehung, auch in Fällen statuiert, wo die „ Inhabung der tatsächlichen Gewalt " nicht vorhanden ist, da ja die Statuierung rechtlicher Herrschaftsbeziehungen dem souveränen Willen der Rechtsordnung entspringt. Solcher Fälle sehe ich zwei.

Zunächst in dem *Erbenbesitz* nach § 857. Dass der nach § 857 erworbene Besitz auf der gleichen Stufe stehe mit dem nach § 854 erworbenen, kann nicht wohl behauptet werden. (2) *Binder* sieht in dem Erbenbesitz eine „ ungerechtfertigte Singularität ", (3) die „ auf einer vollkommenen Verflüchtigung des ihm zu Grunde liegenden realen Moments " beruhe. (4) Auch *Planck* glaubt eine „ ungenaue " Ausdrucksweise konstatieren zu müssen, „ aus welcher Folgerungen für den Begriff des Besitzes nicht hergeleitet werden können ". (5) Die Schwierigkeit löst sich m. E. leicht, wenn man in dem Erbenbesitz nichts anderes sieht als das „ Recht des Besitzes ". (6) Dass das Gesetz selbst nicht im geringsten daran denkt, den § 857 als Unterfall des Besitzerwerbs nach § 854 anzusehen, geht zweifellos aus den §§ 2025, 2027 hervor, die in deutlicher Unterscheidung die Verpflichtungen des Erbschaftsbesitzers und des Besitzers einer Erbschaftssache

(1) *Int. Privatrecht* II 307. — Das Reichsgericht (E 34, S. 422) hat den Besitz als ein die Veräusserung hinderndes Recht im Sinne der CPO § 771 anerkannt.

(2) Cf. Planck § 857 N. 2, Bernhöft *Zur Lehre von Fiktionen* 260 f.

(3) *loc. cit.* I 45; ebenso Oertmann Archiv XXI 142.

(4) *loc. cit.* I 52; cf. auch III 53 u. A. 40, A. 42 zu 54.

(5) *Sachenrecht* 27.

(6) Cf. Endemann *Lehrbuch* II 1. Abteilung 132, auch 130 A. 15; Sohm *Gegenstand* 42.

danach differenzieren, ob der Erbe den Besitz bereits tatsächlich ergriffen habe oder nicht. (1) Dass es sich bei dem Erbenbesitz lediglich um die Uebertragung einer rechtlichen Beziehung handelt, geht auch daraus hervor, dass die Rechtsordnung ihrer Natur nach nur rechtliche, niemals tatsächliche Beziehungen auf ein Rechtssubjekt übertragen kann (2) Mit der Auffassung des Erbenbesitzes als blossen Rechtsbesitzes verschwinden auch alle Schwierigkeiten, die wegen der Anwendung der auf den tatsächlichen Besitz berechneten Bestimmungen auf den Erbenbesitz geltend gemacht worden sind. Es handelt sich besonders um die Frage, wie es mit dem Besitzerwerb des Nacherben und desjenigen stehe, der Erbe geworden ist, nachdem der ursprünglich Berufene die Erbschaft ausgeschlagen hat. Die Entscheidung ist einfach, wenn man erwägt, aus welchem Grunde das Institut des Erbenbesitzes aufgenommen worden ist. Und das ist unzweifelhaft der. Mit dem Tode des bisherigen Besitzers geht das bestehende tatsächliche Gewaltverhältnis unter. Um nun in den vielen Fällen, wo der Erbe nicht sogleich in die tatsächliche Besitzgewalt eintreten kann, ihm zur Verteidigung seines Rechtes gegenüber Eingriffen Dritter die bevorzugte besitzrechtliche Stellung zu wahren, (3) erklärt die Rechtsordnung, dass sie ihn so behandeln

---

(1) Cf. Strohal *Sachbesitz* 70. — Strohal lässt nicht deutlich genug hervortreten, dass der Besitz nach § 857 nicht ein Unterfall des allgemeinen Besitztatbestandes — als solcher wäre er allerdings mit Recht eine „ungerechtfertigte Singularität" zu nennen, — sondern von diesem wesentlich verschieden ist. Der Rechtsbesitz stellt kein tatsächliches Gewaltverhältnis her, sondern ist ausschliesslich eine rechtliche Herrschaftsbeziehung. Darum ist es auch nicht ganz richtig, wenn Binder I 60 f. meint: es „ist eine nachträgliche Besitzergreifung von seiten des besitzenden Erben unmöglich... Ergreift der Erbe die tatsächliche Gewalt, so liegt nicht Besitzergreifung, sondern Besitzausübung vor."

(2) Damit soll natürlich nicht als ausgeschlossen bezeichnet werden, dass es Fälle gibt, wo der Erbe im Augenblick des Todes des Erblassers Inhaber der tatsächlichen Gewalt wird. Allein dann handelt es sich nicht um Besitzerwerb nach § 857, sondern um originär vom Erben erlangte tatsächliche Gewalt, analog der Bestimmung des § 854 II. — Vergleiche die ebenso begründete Entscheidung bei Planck § 857 N. 3 betreffend den Besitzerwerb der übrigen Gesellschafter nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters.

(3) Cf. Planck § 857 N. 2. — Binder III 54 meint: „857 BGB geht von den für unsere heutigen Verhältnisse freilich vollkommen unzutreffenden Annahme aus, dass der Erbe mit dem Erbfall die tatsächliche Gewalt über den Nachlass wirklich

werde, wie wenn er im Augenblicke des Erbfalls die tatsächliche Gewalt erlangt hätte, d. h. sie verleiht ihm die Rechtsposition des Besitzers. ([1] [2]) Daraus geht zunächst hervor, dass die Bestimmung des § 857 vollständig gegenstandslos ist, wenn der Erbe im Augenblicke des Erbfalls den tatsächlichen Besitz erlangt, und weiter, dass sie nicht im geringsten dem tatsächlichen Besitzerwerb durch dritte Personen entgegensteht. Daraus geht weiter hervor — und das ist an dieser Stelle wichtig —, dass in den Fällen des nachgeordneten Erbschaftserwerbs die Anwendung des § 857 ausgeschlossen ist, wenn derjenige, welcher die Erbschaft zuerst bekommen hat, an den Erbschaftssachen den tatsächlichen Besitz erlangt hat. Denn damit entfällt das legislatorische Motiv für den Erbenbesitz, das Fehlen einer tatsächlichen Besitzgewalt. ([3]) Der spätere Erbe gerät dadurch keineswegs in eine ungünstigere Situation, da ihm der gleichwertige Erbschaftsanspruch gegen den Erbschaftsbesitzer zusteht. Der erste Erbe anderseits kann durch den Fortfall seines Erbrechts den erlangten tatsächlichen Besitz nicht verlieren. ([4]) Anders dagegen ist die Sachlage, wenn der erste Erbe den tatsächlichen Besitz nicht erlangt hat, vielmehr auf die Rechtsposition des Besitzers beschränkt war. Diese rechtliche Beziehung wird durch den Fortfall seines Erbrechts von ihm gelöst und auf den neuen Erben übertragen. ([5] [6] [7])

---

erlangt." Nach meiner Meinung liegt die Sache gerade umgekehrt: weil der Erbe die tatsächliche Gewalt sehr oft nicht erlangt, soll ihm auf ausserordentlichem Wege Hilfe gebracht werden. — Cf. auch Bernhöft *Zur Lehre von den Fiktionen* 261.

(1) Cf. Planck Vorbem. I zum Titel „ Erbschaftsanspruch."

(2) Aus dieser Erwägung erklärt sich auch, weshalb in anderen Fällen einer Gesamtrechtsnachfolge, so beim Rechte des Mannes am Frauengute und des alterlichen Gewalthabers am Kindesgute, eine dem § 857 analoge Bestimmung fehlt.

(3) Aus dem gleichen Grunde scheint mir — gegen Sohm *Gegenstand* 42 A. 9 — die entsprechende Anwendung des § 857 in den übrigen Fällen der Universalsuccession nicht geboten.

(4) Ebenso Strohal *Sachbesitz* 102 f.; Beyer *Surrogation* 204; Planck § 1953 N. 1, § 2139 N. 4γ.

(5) Cf. Planck § 2139 N. 4γ.

(6) Unrichtig Binder I 60: „ Entweder erhält der Nacherbe den Besitz überhaupt nicht oder er erhält ihn ganz. M. E. ist die erste Eventualität die richtige. Denn aus dem § 2106 kann man das Gegenteil nicht folgern, da der Besitz nicht zur Erbschaft gehört. Vielmehr ist anzunehmen, dass der Besitz auf den Nacherben erst mit der Herausgabe des Nachlasses übergeht... Ebensowenig scheint mir die Annahme

Den zweiten Fall eines blossen Rechtsbesitzes enthält der § 868. Der „ *mittelbare Besitz* " ist ebenso wie der Erbenbesitz aus dem Tatbestande der tatsächlichen Besitzgewalt auszuscheiden und als blosse besitzrechtliche Position zu charakterisieren. Mit Recht sagt *Planck* (1): „ Es erscheint nicht angängig, auch dem mittelbaren Besitzer eine tatsächliche Gewalt oder eine tatsächliche Sachherrschaft zuzuschreiben. " Die §§ 854 — 856 haben für den mittelbaren Besitz (ebensowenig wie für den Erbenbesitz) keine Bedeutung, (2) sondern nur jene Bestimmungen, welche die Rechtsposition des Besitzers feststellen. (3) Der mittelbare Besitzer soll sich rücksichtlich der Rechtswirkung in der gleichen Lage befinden als wenn er unmittelbarer Besitzer wäre. Planck (4) betont, dass der mittelbare Besitz auch eine, zwar entferntere, „ tatsächliche " Beziehung zur Sache enthalte. Es soll dies nicht bestritten werden, aber mit dem Wesen des mittelbaren Besitzes hat es m. E. nichts zu tun, und zur Klarstellung seiner rechtlichen Natur wird es richtiger sein, auch den Anschein zu vermeiden, als wenn der mittelbare Besitz ein Unterfall des „ tatsächlichen " Besitzes im Sinne der §§ 854 — 856 sei.

Da der mittelbare Besitz eine Rechtsbeziehung ist, so ist er fähig, durch rechtliche Bestimmung übertragen (5) und vererbt zu werden. Allerdings m.E. nicht nach § 857, wie gemeinhin angenommen

---

begründet, dass der auf Grund des § 857 einmal erworbene Besitz durch die Ausschlagung wieder verloren geht. Dem steht § 856 entgegen. " Der Fehler rührt daher, dass Binder den Erbenbesitz nicht als blossen Rechtsbesitz von dem tatsächlichen Besitz unterscheidet, sondern ihn als „ irregulären " Sonderfall desselben betrachtet. § 856 hat für die Beendigung des Rechtsbesitzes gar keine Bedeutung. — Gegen Binder auch Planck *loc. cit.*

(7 auf der Seite 88.) Planck § 2139 N. 4 nennt zwei weitere Fälle des direkten Besitzübergangs auf den späteren Erben, die beide den Tatbestand des mittelbaren Besitzes enthalten. Ueber sie wird gleich im Folgendem gesprochen werden.

(1) § 868 N. 5.

(2) Cf. Planck § 868 N. 5.

(3) Cf. Planck § 868 N. 1.

(4) Vbm. S. 27, § 868 N 5.

(5) Erinnert sei an die Begründung mittelbaren Besitzes durch Zwangsvollstrekkungshandlungen.

wird. (1) § 857 will Vorsorge schaffen für das Schicksal des unmittelbaren Besitzes des Erblassers. Der mittelbare Besitz ist nur die Rechtsfolge eines Rechtsverhältnisses, das wesentlich in einem zu dem Besitz der Sache berechtigenden Anspruch besteht. Und die Vererblichkeit des mittelbaren Besitzes bestimmt sich damit ausschliesslich nach der Vererblichkeit dieses Anspruchs. Tatsächlich gibt dies auch *Planck* (2) zu, indem er argumentiert: „ Der Uebergang des mittelbaren Besitzes auf den Erben beruht auf der Vererbung des Rechts des Erblassers aus dem den mittelbaren Besitz begründenden Verhältnis auf Herausgabe der Sache. Der Uebergang ist daher ausgeschlossen und der § 857 erleidet somit bezüglich des mittelbaren Besitzes überall da Ausnahmen, wo das Recht des Erblassers auf Herausgabe der Sache mit seinem Tode nicht auf seine Erben, sondern auf einen anderen übergeht oder erlischt. Hat z. B. ein Testamentsvollstrecker als solcher Nachlasssachen hinterlegt, so erlischt entweder sein mittelbarer Besitz mit seinem Tode derart, dass ein etwa vorhandener Mitvollstrecker oder der Erbe selbst alleiniger mittelbarer Besitzer wird, oder er geht auf seinen Nachfolger im Amte über; letzteres gilt ferner auch für den mittelbaren Besitz des Konkursverwalters an Sachen, die er als solcher hinterlegt hat. " Unter der Voraussetzung der Vererbung des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses tritt mit dem Eintritt der Nacherbfolge der Nacherbe unmittelbar in die Position des mittelbaren Besitzers ein. (3)

Wo mit Rücksicht auf ein Sachgut Nutzungsmöglichkeiten für mehrere Wirtschaftssubjekte nebeneinander vorhanden sind, wird von der Rechtsordnung eine Verteilung der Nutzungsbefugnisse anerkannt. Sind aber mehrere Personen zur gleichzeitigen unmittelbaren Nutzung befugt, so ist es notwendig, dass alle sich in dem die Nutzung ermöglichenden Verhältnisse zu der Sache, in einem Besitzverhältnis befinden müssen. Für den Teilbesitz und Mitbesitz wird dies anerkannt in den Bestimmungen der §§ 865 und 866 BGB. (4)

---

(1) Cf. Planck § 868 N. 4.
(2) § 868 N. 4.
(3) Cf. Planck § 868 N. 4, § 2139 N. 4 α und β.
(4) Cf. auch BGB §§ 743 II und 2038 II.

Ein *Mit- oder Teilbesitzverhältnis* liegt m. E. auch in verschiedenen Fällen vor, wo heute gemeinhin ein Besitzverhältnis nicht angenommen wird. Wo eine Grunddienstbarkeit oder eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit des Inhalts besteht, dass der Eigentümer des herrschenden Grundstücks bezw. der persönlich Berechtigte das belastete Grundstück „ in einzelnen Beziehungen benutzen darf " (BGB §§ 1018, 1090), ist dieser zu bestimmten Nutzungen durch körperliche Einwirkung auf das belastete Grundstück berechtigt, und wo er die Nutzung vornimmt, ist er in Wahrheit als Besitzer (Teilbesitzer) über den Teil des belasteten Grundstücks, auf welchem die Nutzung geschieht, anzuerkennen. ([1] [2]) Das Nutzungsrecht des Destinatars der Dienstbarkeit wird vom BGB in einer dem Besitzschutz analogen Art geschützt (§§ 1029, 1090 II). Einen wahren Besitztatbestand erkennt das Gesetz nicht an. § 900 II spricht von dem Grundbuchrecht, „ das zum Besitze des Grundstücks berechtigt oder dessen Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt ist. " Aber wie kann denn die „ Ausübung " anders geschützt werden als indem dem Berechtigten sein Anrecht an dem Teil des Grundstücks, dass er nutzen will, gesichert werde? Zu bemerken ist übrigens, dass die Fälle für den Schutz des sog. *Quasibesitzes,* die *Planck* zu § 868 anführt, sämtlich Dienstbarkeiten betreffen, die ein fremdes Grundstück der unmittelbaren Nutzung durch den Berechtigten unterwerfen, dagegen keine einzige servitus in non faciendo. Und in der Tat dürfte — trotz der gegenteiligen Versicherung der §§ 1029 und 1090 — ein Besitzschutz für eine servitus in non faciendo, auch in analoger Gestaltung, einfach unmöglich

(1) Bemerkenswert Kohler *Lehrbuch* I 470: „ Auch ein Grundstück kann zum wesentlichen Bestandteil eines Grundstücks werden in dem Fall, wenn es kraft Grunddienstbarkeit mit ihm verknüpft wird. Das BGB begeht hier in § 96 den terminologischen Fehler zu sagen, dass in solchem Falle ein Recht (am Nachbargut) Bestandteil des (herrschenden) Grundstücks würde. Das ist verkehrt: nicht die Grunddienstbarkeit wird in solchem Falle Bestandteil des herrschenden Grundstücks, sondern die Fläche des Nachbargrundstücks, über welche die Grunddienstbarkeit sich erstreckt. "

(2) Der Notweg (§ 916 BGB) entbehrt des ausdrücklichen Besitzschutzes. Indes dürfte kein Anstand zu nehmen sein, aus allgemeinen Gründen auch den Notwegberechtigten in seinem „ Besitze " zu schützen.

sein. Bei diesem Tatbestande ist es wohl kaum notwendig, das Gewaltverhältnis als „ ein dem Sachbesitz analoges Verhältnis " und den Berechtigten „ gewissermassen als Mitbesitzer neben dem Sachbesitzer " (1) anzusehen, sondern man nenne das durch die Ausübung der Grunddienstbarkeit hergestellte Verhältnis ruhig Besitz, den Berechtigten Besitzer.

Der Gedanke, dass der Servitutberechtigte an dem belasteten Grundstücke, soweit sein Nutzungsrecht sich erstreckt, Besitz habe, liegt m. E. auch der römisch-rechtlichen *iuris possessio* ursprünglich zu Grunde. Die gemeinrechtliche Lehre erklärte diese als Besitz eines Rechts im Gegensatz zur corporis possessio, zum Sachbesitz. (2) Natürlicher erscheint mir die Erklärung der iuris possessio als Besitz einer Sache in dem durch die Natur des Rechts begrenzten Umfang — wobei das Recht dem Besitzverhältnis den Namen gab — gegenüber dem Sachbesitz als dem Besitz einer Sache mit der Tendenz der unbeschränkten Nutzung.

Derselbe Besitztatbestand wie bei den Dienstbarkeiten liegt bei der vertragsmässigen Ueberlassung eines Grundstücks bezw. bestimmter Teile eines Grundstücks zum Zwecke einer bestimmten Nutzung vor. (3) U. a. ist hier die Einräumung des Jagdrechts zu erwähnen. Der Jagdberechtigte hat nach meiner Ueberzeugung an

---

(1) Planck § 1029 N. 1.

(2) Cf. v. Ihering *Besitz* 87 ff. Schon im *Geist* II 2, 382 f. bespricht v. Ihering die „ künstliche Erweiterung natürlicher Begriffe z. B. die Ausdehnung des Besitzes auf Servituten (iuris possessio). " Die „ ganz ausserordentlich weite Ausdehnung " des Rechtsbesitzes in der neueren Rechtsentwickelung gründet sich m. E. auf eine Verkennung des wahren Charakters der iuris possessio. „ Der dabei massgebende Gedanke war folgender. Jeder der sich im ungestörten Genuss irgend eines Rechts befindet, dem eine dauernde Ausübung entspricht, welcher Art es im übrigen auch sei: ein Monopol, Privilegium, Bannrecht, Vermögens- oder Familienrecht, soll darin, wenn ihm sein Recht bestritten wird, so lange vorläufig geschützt werden, bis das Nichtdasein des Rechts entschieden ist. " (v. Ihering *Besitz* 95). Diese Entwikkelung knüpft an den Ausdruck „ Besitz eines Rechts " an, während ursprünglich wohl iuris possessio nichts anders bedeutete als den Besitz an einer Sache kraft bestimmten Rechts zu beschränkter Nutzung in Gegensatz zu dem unbeschränkten Sachbesitz. — Der Gegensatz von corporis und iuris possessio findet sich nebenbei bemerkt noch im BGB § 900 II.

(3) Cf. Planck § 866 N. 3.

dem Jagdgrundstück, das er durch die Ausübung der Jagd unmittelbar nutzt, Besitz und zwar Mitbesitz. Diese Auffassung ist nicht allgemein anerkannt. Das Reichsgericht hat mehrfach — cf. Entscheidungen des 7. Senats vom 9. Mai 1902 und vom 1. Dezember 1908 (1) — ausgesprochen, dass der Jagdpachtvertrag kein Vertrag über das Grundstück, sondern über das Jagdrecht sei. Demgegenüber darf ich mich berufen auf ein Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 26. März 1908, in dem anerkannt wird, „ dass auch der Jagdberechtigte Besitzschutz geniesst und dass demselben ein zivilrechtlicher durch Klage verfolgbarer Anspruch gegen unbefugte Störung und widerrechtliche Beeinträchtigungen der Jagdausübung nicht versagt werden kann ". In dem entschiedenen Rechtsfalle hatten die Jagdpächter mehrere Hochsitze zum Zwecke der Ausübung des Anstandes auf Rehwild angebracht; eine Lehrmeinung geht dahin, dass der Jagdberechtigte nur dann Besitz an dem Jagdgrundstück habe, wenn er auf diesem eine dem Jagdzwecke dienende bauliche Anlage besitze, z. B. ein Jagdhaus oder eine Jagdhütte mitgepachtet hätte. Aber damit würde er doch nur Besitzer dieser Anlage geworden sein, und es ist ganz unmöglich, aus dem Besitz an einer solchen Anlage den Besitz an dem ganzen Grundstück zu folgern. Vielmehr ist in allen Fällen zu entscheiden, dass der Jagdberechtigte Besitzer des Jagdgrundstückes ist, weil die tatsächliche Nutzung einer Sache durch körperliche Einwirkung den Besitztatbestand herstellt.

Eine Bemerkung scheint mir bezüglich der letztgenannten Besitzfälle noch notwendig. Der Besitztatbestand kann sich bei ihnen nur dadurch erfüllen, dass es sich um die Ausübung einer rechtlich anerkannten Nutzungsbefugnis handelt. Wer unbefugt Nutzungshändlungen vornimmt, die Gegenstand einer Dienstbarkeit sein können, wer ohne berechtigt zu sein die Jagd ausübt, kann nicht als Besitzer angesehen werden. Dies ist nichts Auffälliges. Denn der Besitztatbestand ist nicht eine naturnotwendige Erscheinung, sondern

---

(1) Cf. Juristische Wochenschrift 1909 S. 48 f.

hervorgerufen durch die soziale Anschauung, welche bestimmte Verhältnisse als unmittelbare Herrschaftsgewalt ansieht. Sie macht die Zuerkennung des Besitzes — vornehmlich an unbeweglichen Sachen, um welche es sich auch bei den hier besprochenen Erscheinungen handelt — in vielen Fällen abhängig von dem Bestehen einer rechtlichen Herrschaftsbeziehung. So auch hier. Der Servitutberechtigte, der Jagdberechtigte werden als Besitzer nur anerkannt, wenn und solange ihr Recht auf die Nutzung besteht.

Das *Eigentum* ist die rechtliche Herrschaftsbeziehung zu dem Sachgut κατ' ἐξοχήν. Während der Besitz seine hauptsächlichste Bedeutung darin hat, dass er die Sachnutzung innerhalb der Privatwirtschaftsführung ermöglicht und sichert, ist das Rechtsinstitut des Eigentums wichtig als die Grundlage des Wirtschaftsverkehrs. Das Eigentum gestattet die Ueberlassung einer Sache zur blossen Nutzung unter Vorbehalt des Rechtes an der Substanz der Sache, es gestattet ferner die Veräusserung einer Sache ohne Besitzübertragung.

Das Eigentum ist eine rechtliche Herrschaftsbeziehung. Vom Standpunkte des Juristen, der das soziale Zusammenleben als rechtlich geordnetes Zusammenleben ansieht, gewinnen die rechtlichen Beziehungen einen materiellen Inhalt dadurch, dass das der rechtlichen Herrschaft unterworfene Objekt unter dem Namen des betreffenden Rechts mitbezeichnet wird. In der Praxis des Rechtslebens gibt es Eigentum nur in dem Sinne, dass eine bestimmte Sache jemandes Eigentum ist. Für die wirtschaftliche Betrachtung sind die wirtschaftlichen Erscheinungen das Wesentliche, ihre rechtliche Qualität tritt nur als besondere Vereigenschaftung hinzu. Das Eigentumsrecht ist vom wirtschaftlichen Standpunkte nur ein Sicherungsfaktor der wirtschaftlichen Beziehungen. Und zwar verschiedenartiger Beziehungen. Wo der Eigentümer zugleich Besitzer ist, sichert das Eigentum — neben dem Besitzrecht — die unmittelbare Nutzungsgewalt, die wirkliche Sachgüterherrschaft; wo der Eigentümer nicht zugleich Besitzer ist, sichert das Eigentumsrecht die Erwerbsanwartschaft. Juristisch ist in beiden Fällen die Sachlage die gleiche: das Eigentum stellt die rechtliche Herrschaftsbeziehung zu der Sache dar, wirtschaftlich ist es ein wesentlicher Unterschied, ob das Sachgut im Besitze des

Wirtschaftssubjekts ist oder ob nur eine Gebundenheit besteht, die Sache in die Besitzgewalt des Eigentümers überzuführen.

Die gleiche Unterscheidung ist auch gegenüber dem Besitz im rechtlichen Sinne notwendig, nachdem wir gesehen haben, dass Besitz im rechtlichen Sinne nicht nur dann vorhanden ist, wenn wirkliche Sachgüterherrschaft besteht, sondern in bestimmten Fällen auch beim Fehlen dieser Herrschaft. In den letzteren Fällen ist der Besitz im rechtlichen Sinne Sicherung eines Verhältnisses, das wirtschaftlich als Erwerbsanwartschaft aufzufassen ist. Juristisch dagegen ist der Besitz in allen Fällen das gleiche: eine bestimmte mit den gleichen Eigenschaften ausgestattete rechtliche Herrschaftsbeziehung. (1)

Die wirtschaftliche Erwerbstätigkeit vollzieht sich zum Teil innerhalb der Privatwirtschaft, zum andern und zwar grösseren Teil im Wege des Wirtschaftsverkehrs. Soweit die Erwerbstätigkeit innerhalb der Privatwirtschaft geschieht, hat die Rechtsordnung nur soweit Anlass einzugreifen, als wenigstens mittelbar soziale Beziehungen vorhanden sind. Dies ist vor allem wichtig für die *Aneignung von Sachgütern*. Die Rechtsordnung stellt die Voraussetzungen fest, unter welchen die Aneignung von Sachen, die in niemandes Besitz sind, rechtsbeständig ist, d. h. unter welchen sie die dauernde Besitzgewalt des Aneignenden anerkennt. Sie muss dies deshalb tun, weil regelmässig alle oder viele Privatwirtschaften das Aneignungsinteresse teilen. Zunächst ist klar, dass sie die Aneignung nur dann anerkennen kann, wenn es sich um herrenlose Sachen handelt, die nicht irgend einer anderen Person Eigentum sind. Soweit herrenlose Sachen in Betracht kommen, kann sie die Aneignung freigeben, sodass derjenige, der sie in Besitz nimmt, Eigentümer wird, oder sie kann die Aneignung bestimmten Privatwirtschaften vorbehalten. Im letzteren Falle entstehen die Aneignungsrechte.

---

(1) Es wäre unrichtig, das Wesen des mittelbaren Besitzes in dem obligatorischen Anspruch auf Herausgabe der Sache zu finden. Cf. Planck § 868 N. 5. Als Rechtsposition ist der mittelbare Besitz ganz ebenso anzusehen wie der unmittelbare Besitz, der Unterschied beruht lediglich in der Differenzierung der Tatbestände welche jene Rechtsposition erstehen lassen.

Die innerprivatwirtschaftliche Produktion unterliegt einer rechtlichen Beurteilung nur insoweit, als die Produktionsfaktoren ganz oder zum Teil einer anderen Privatwirtschaft unrechtmässig entnommen sind.

Dagegen tritt die Rechtsordnung allgemein bestimmend auf, wo die Erwerbstätigkeit den Weg des *Wirtschaftsverkehrs* benutzt. Hier liegen immer soziale Beziehungen vor, die der rechtlichen Regelung unterworfen sind. Die Form, in der die Erwerbstätigkeit in der Sozialwirtschaft sich vollzieht, ist der *Vertrag*. Das Wirtschaftssubjekt will Sachgüter erwerben und gibt dafür als Entgelt Sachgüter (Tausch in weitestem Sinne) oder Arbeitsleistungen (Arbeitsverträge). Zu den Verträgen nimmt das heutige Recht die Stellung ein, dass es grundsätzlich alle Verträge als rechtsbeständig ansieht, welche dem wahren Willen zweier geschäftsfähigen Personen entsprechen und weder einem besonderen Rechtsverbot noch der sittlichen Ordnung (1) zuwiderlaufen. Die rechtsbeständigen Verträge werden von der Rechtsordnung dadurch geschützt, dass die Anwartschaft auf die versprochenen Leistungen mit dem Erfüllungs- bezw. Entschädigungszwang ausgestattet wird.

IV. Der juristische Vermögensbegriff.

Die Rechtswissenschaft kann den wirtschaftlichen Vermögensbegriff nicht verwenden. Damit ist ihr die Aufgabe gestellt, den ihr eigenen, den *juristischen Vermögensbegriff* selbständig zu bestimmen.

Nur das Gesetz ist für diese Bestimmung massgebend. Der Versuch, die rechtlichen Bestimmungen durch einen vorgefassten doktrinären Vermögensbegriff erläutern zu wollen, ist als methodisch verfehlt abzulehnen. Er bringt die Gefahr mit sich, der *Binder* z. B. (2) m. E. nicht entgangen ist, den klaren Wortlaut des Gesetzes zu ignorieren oder zu vergewaltigen, weil er zu der vorgefassten

(1) Eingehende Kasuistik der unsittlichen Verträge Kohler *Lehrbuch* II § 37.
(2) *Rechtsstellung des Erben* I 34 f.

Meinung in Widerspruch steht. Das Gesetz ist nur aus sich selbst heraus zu interpretieren. (1) Das Gesetz — nicht der einzelne Rechtssatz, der über den Vermögensbegriff eine Aussage enthält, denn „ für jeden Rechtssatz ist Inhalt und Begrenzung aus dem herauszufinden, was er als Glied der gesamten Rechtsordnung vernünftigerweise bezwecken soll ". (2) Es sind also die verschiedenen Rechtssätze, die den Vermögensbegriff verwenden, im Zusammenhang zu untersuchen. Dabei ist zu beachten, dass als solche Rechtssätze nicht nur diejenigen in Betracht kommen, welche das Wort „ Vermögen " ausdrücklich enthalten, sondern auch diejenigen, in welchen bestimmte Vermögensmassen unter besonderem eigenen Namen genannt sind, wie: Erbschaft (BGB § 1922), Nachlass (3) (BGB §§ 1967, 2032, 2039, 2060, 2061), eingebrachtes Gut (BGB §§ 1363, 1520, 1551), Vorbehaltsgut (BGB §§ 1365, 1371, 1440, 1441, 1526, auch 1345 und CPO § 385 Z. 3), Gesamtgut (BGB §§ 1438, 1519, 1549), Konkursmasse (KO § 1).

Das Gesetz spricht nicht immer von „ Vermögen " schlechthin, sondern gibt ihm in vielen Fällen eine Charakterisierung mit Rücksicht auf die Besonderheit des Vermögenssubjekts. Vermögenssubjekt kann sein eine einzelne physische Person, eine Gemeinschaft physischer Personen (Gesellschaft §§ 716, 718 ff., Gesamtgut §§ 1438 ff., 1519, 1549, 1483 ff., Erbengemeinschaft §§ 2032 ff. BGB, offene Handelsgesellschaft §§ 124, 131, 143 ff., Kommanditgesellschaft § 171 HGB) oder eine juristische Person (Verein §§ 45 ff., Stiftung §§ 82, 88 BGB, Aktiengesellschaft §§ 217, 240, 241, 292, 294, 300 ff. HGB, juristische Personen des öffentlichen Rechts). Als Subjekt eines durch öffentliche Sammlung zusammengebrachten Vermögens (§ 1914 BGB) sehe ich den Sammler in der Eigenschaft als Treuhänder an. Eine spezielle Bezeichnung des zuständigen privaten Vermögenssubjekts enthalten die Termini Frauenvermögen, Kindesvermögen, Mündelvermögen.

---

(1) Zitelmann *Kunst der Gesetzgebung* 14 f.

(2) Zitelmann *Internationales Privatrecht* I 319; cf. auch *Kunst der Gesetzgebung* 16.

(3) Betr. Indentität von Erbschaft und Nachlass cf. Binder *loc. cit.* I 12.

Einer besonderen Betrachtung bedarf die Erscheinung der *Sondervermögen*. Der Ausdruck „ Sondervermögen " wird im Gesetz nur einmal und zwar in einem ganz bestimmten Zusammenhange gebraucht, nämlich im Invalidenversicherungsgesetz § 33 I: „ Jede Versicherungsanstalt verwaltet ihre Einnahmen und ihr Vermögen (Gemeinvermögen und Sondervermögen) selbständig. Aus denselben sind die von allen Versicherungsträgern gemeinsam aufzubringende Last (Gemeinlast) und die den einzelnen Versicherungsträgern verbleibende besondere Last (Sonderlast) zu decken. "

In der Doktrin dagegen wird der Begriff des Sondervermögens recht ausgiebig verwertet. Sondervermögen bedeutet sinngemäss den Gegensatz zum gemeinen, gewöhnlichen, regelmässigen Vermögen. Das Vermögen erscheint in seiner regulären Gestalt, wenn der Vermögensherr es selbst verwaltet, selber nutzt, wenn es in allen seinen Teilen der gleichen rechtlichen Behandlung unterliegt. Ein Sondervermögen im rechtlichen Sinne liegt dann vor, wenn innerhalb des Vermögensganzen ein Teil besteht, bezüglich dessen die Rechtsordnung eine besondere Behandlung eintreten lässt. (1) Es muss sich um einen Sonderteil des Vermögens handeln im Gegensatz zum allgemeinen Vermögen, und die besondere rechtliche Behandlung muss in einem Gegensatze stehen zu der rechtlichen Behandlung, welche regelmässig eintritt. Deshalb ist z. B. m. E. eine Bezeichnung des „ beweglichen Vermögens " bezw. des „ unbeweglichen Vermögens " im Sinne des Zwangsvollstreckungsrechts als Sondervermögen nicht praktisch, denn es handelt sich hier um keine aussergewöhnliche, sondern vielmehr um die regelmässige rechtliche Behandlung. (2) Den Rest des allgemeinen Vermögens auch als Sondervermögen zu bezeichnen, halte ich mit *Beyer* (3) nicht für zweckmässig.

---

(1) Cf. Matthiass I 144, Beyer *Surrogation* 1 f.

(2) Das gleiche gilt gegenüber der Bezeichnung des Aktienbesitzes als Sondervermögen bei Bekker *Pand.* I S. 147 ff. Z. 9.

(3) *Surrogation* 3 A. 1.

Die besondere rechtliche Behandlung kann sich beziehen auf die Verwaltung und die Nutzung des Vermögens, auf die Schuldenhaftung und den Vermögensübergang. (1) Danach sind als Sondervermögen anzusehen : das eingebrachte Gut der Frau bei dem gesetzlichen Güterstand (BGB § 1363) als der Verwaltung und Nutzung des Mannes unterworfenes Vermögen gegenüber dem Vermögen des Mannes (2), das Vorbehaltsgut gegenüber dem eingebrachten und dem Gesamtgut (BGB §§ 1365, 1440, 1526 und 1549 mit 1526), das eingebrachte Gut bei den Gütergemeinschaften (BGB §§ 1520, 1550, auch 1439) (3), das Kindesvermögen als der Verwaltung und Nutzung des elterlichen Gewalthabers unterliegendes Vermögen gegenüber dem eigenen Vermögen desselben (BGB §§ 1635, 1649), das „ freie Vermögen " des Kindes (BGB §§ 1650, 1651) gegenüber dem allgemeinen Vermögen des Kindes, das der elterlichen Gewalt unterworfen ist, das Nachlassvermögen im Gegensatz zum eigenen Vermögen des Erben, des Erbschaftsbesitzers (4) und des Erbschaftskäufers, das gemäss § 419 übernommene Vermögen und das kraft Niessbrauchrechts besessene Vermögen gegenüber dem allgemeinen Vermögen. Weiter sind Fälle eines Sondervermögens vorhanden, wo eine Verwaltung fremden Vermögens (ohne Nutzung) vorliegt, bezüglich dieses Vermögens im Gegensatz zu dem eigenen Vermögen des Verwalters. Ferner dann, wenn jemand neben seinem eigenen Vermögen als Teilhaber einer Gemeinschaft zur gesamten Hand (5) einen Anteil an dem Vermögen dieser Gemeinschaft besitzt: Anteil am Gesellschaftsvermögen (BGB § 719), Anteil am Vermögen eines nicht rechtfähigen Vereins (BGB § 54 mit § 719),

---

(1) Cf. Binder *Rechtsstellung des Erben* III 21.

(2) Das eingebrachte Gut der Frau will Beyer 3 A. 1 nicht als Sondervermögen bezeichnet wissen. Gewiss ist es für die Frau allgemeines Vermögen, aber ebenso unzweifelhaft für den Mann Sondervermögen.

(3) Cf. Planck Vbm. zu §§ 1438 — 1441, § 1439 N. 1, 2 a β.

(4) A. A. Beyer *loc. cit.* gegenüber Binder III 108, weil der Nachlass nicht zum Vermögen des Erbschaftsbesitzers gehöre.

(5) Die eheliche Gütergemeinschaft scheidet aus, da das Gesamtgut das allgemeine Vermögen der Ehegatten darstellt.

Anteil am Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft (1). Als Sondervermögen wird in der Doktrin endlich noch genannt das sog. „ Schiffsvermögen " (HGB §§ 734 ff, 486 I Z. 3, 754 Z. 9, 755, 761) (2). Die besondere rechtliche Behandlung bezieht sich hier lediglich auf die Schuldenhaftung. Endlich wird man als Sondervermögen noch bezeichnen dürfen das Handelsgeschäft eines Vollkaufmanns (3), wie auch das Erwerbsgeschäft schlechthin (4). Die vorstehend aufgeführten Spezialfälle des Vermögens enthalten für die Bestimmung des Vermögensbegriffs nichts grundsätzlich Erhebliches. Eine Bedeutung haben sie nur rücksichtlich des Umfangs des Vermögens.

Was vom Vermögensbegriff unbestritten feststeht, ist, dass das Vermögen ein *Inbegriff* ist. Unter Inbegriff verstehen wir die gedankenmässige Zusammenfassung einer nach ihrer Höhe unbestimmten Summe selbständiger Dinge zu einer neuen einheitlichen übergeordneten Vorstellung. Die Bestimmung des Vermögensbegriffs erfordert mithin die Feststellung erstens der *Vermögensbestandteile* und zweitens des die *Einheit* des Vermögens herstellenden Moments. Damit sind die Richtlinien der folgenden Untersuchung vorgezeichnet. Mit Rücksicht auf die in der Doktrin hergebrachte Differenzierung des Vermögensbegriffs empfiehlt sich eine Dreiteilung des Stoffes dahin, dass zunächst der Vermögensbegriff des Privatrechts mit Ausnahme des Ausgleichungsrechts, sodann der Vermögensbegriff des Ausgleichungsrechts, endlich der Vermögensbegriff des Strafrechts behandelt werden wird.

---

(1) Cf. KO § 212: Konkurs über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters.

(2) Cf. Zitelmann *Int. Privatrecht* II 582 A. 275: „ Die Haftung erstreckt sich über das Schiff hinaus und anstatt des Schiffes auch auf andere Vermögenstücke... Gedanke des „ Schiffsvermögens " als eines Sonderzweckvermögens, das selbst für seine Schulden aufzukommen hat ".

(3) mit Rücksicht auf HGB §§ 25 — 27.

(4) Cf. BGB § 1655. — Planck bezeichnet N. zu § 310 und § 311 N. 1 das „ Erwerbsgeschäft " als Sondervermögen.

A. Der Vermögensbegriff des Privatrechts mit Ausschluss des Ausgleichungsrechts.

1. Die Erscheinungsfälle.

Für die Bestimmung des Vermögensbegriffs sind in erster Linie diejenigen Rechtsbestimmungen heranzuziehen, welche ausdrücklich eine Bezugnahme auf das Vermögen enthalten. Nicht alle Bestimmungen nämlich, welche materiell das Vermögen betreffen, enthalten den besonderen Hinweis hierauf. So ist z. B. die Uebertragung des Eigentums unzweifelhaft ein Vorgang, der das Vermögen berührt; es braucht aber nicht vermerkt zu werden, weil der spezielle Tatbestand, die „ Sache ", zur Kennzeichnung genügt.

Die Bezeichnung des Vermögens ist zunächst natürlich da notwendig, wo das Vermögen selbst als *Gegenstand eines rechtlichen Vorganges* auftritt. Das ist der Fall bei der sog. *Gesamtrechtsnachfolge*, dem Uebergang eines Vermögens bezw. einer Vermögenszuständigkeit uno actu an ein neues Rechtssubjekt. Gesamtrechtsnachfolge ist nach geltendem Rechte vorhanden: beim Erbgang (§ 1922 BGB) (1), beim Eintritt in die Erbengemeinschaft durch Uebernahme eines Anteils an dem ungeteilten Nachlass (BGB § 2033) (2), bei der Begründung einer ehelichen Gütergemeinschaft (BGB §§ 1438,

(1) Sohm *Gegenstand* 39, 41 f. will — im Gegensatz zur herrschenden Lehre — die Erbfolge und die entsprechend zu behandelnden Fälle des BGB und HGB §§ 304 — 306 von den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge ausscheiden und als eine besondere Art Rechtsnachfolge charakterisieren. M. E. ist dies nicht notwendig. Mit *Binder* betrachte ich die Nachfolge in die Schulden nicht als zum Erbschaftserwerb, sondern als zu den Folgen des Erbschaftserwerbs gehörig. Wenngleich die erbrechtliche Universalsuccession den Eintritt uno actu in die Activa und Passiva bedeutet, so ist doch der Tatbestand der Gesamt*rechts*nachfolge hier gar nicht anders geartet, als in den übrigen Fällen.

(2) Cf. Planck § 2033 N. 1, 2 c; Sohm *Gegenstand* 39. A. A. Joerges *Miteigentum* A. 128 zu 38.

1483, 1519, 1549) (1), bei der Nutzniessung des Ehemannes an dem Frauenvermögen (BGB § 1363) (2) und des elterlichen Gewalthabers an dem Kindesvermögen (BGB § 1649), beim Eintritt in eine Gesellschaft (3), ebenso bei Eintritt eines neuen Mitglieds in einen nicht rechtsfähigen Verein (BGB § 54) (4), bei dem Anfall des Vereinsvermögens an die Anfallberechtigten (BGB § 45 I) (5) oder an den Fiskus (BGB § 46), entsprechend bei dem Anfall des Stiftungsvermögens an die Anfallberechtigten (BGB § 88), bei der Uebernahme des Vermögens einer Aktiengesellschaft (HGB § 304) und bei der Fusion zweier Aktiengesellschaften (HGB § 306) (6). Ebenso liegt eine Art Gesamtrechtsnachfolge vor, wenn die gesamte Vermögensverwaltung durch einen einheitlichen Akt einem anderen Rechtssubjekt übertragen wird.

Die Gesamtrechtsnachfolge ist nur eine Form des Uebergangs eines Vermögens bezw. einer Vermögenszuständigkeit an ein neues Rechtssubjekt. Der Uebergang kann sich auch in der Art vollziehen, dass die einzelnen Vermögensstücke für sich gesondert nach den für sie rücksichtlich der Einzelübertragung geltenden Vorschriften übertragen werden. Solcher Fälle einer *Vermögensübertragung im Wege der Singularsuccession* erwähnt das Gesetz folgende: die Vermögensübertragung an die Stiftung (BGB § 82), die vertragsmässige Vermögensübernahme (BGB § 419), die Bestellung des Niessbrauchs an einem Vermögen (BGB § 1085), den Verkauf einer Erbschaft durch den Erben (BGB § 2371), durch den Erbschaftskäufer (BGB § 2383) und durch den Erbschaftsbesitzer (BGB § 2030), die Verwertung des Vermögens einer Aktiengesellschaft durch Veräusserung des Vermögens im Ganzen (HGB § 303).

---

(1) Cf. Cosack *Lehrbuch des bürg. Rechts* I 147, Joerges 49.

(2) Cf. Cosack *eod. l.*

(3) Cf. Cosack *eod. l.*; Joerges 49; Sohm *Gegenstand* 39.

(4) Cf. Planck § 54 N. 3 k und l.

(5) Wie ich mit Sohm *Gegenstand* 39 A. 4 gegen Binder *Rechtsstellung des Erben* I 14 annehme.

(6) In den Fällen der Anwachsung (BGB §§ 738, 1483 ff., 1490 ff.) sehe ich mit Sohm *Gegenstand* 39 A. 1 keine Gesamtnachfolge: „Anwachsung ist kein Rechtserwerb".

Die Bezeichnung des Vermögens ist endlich in den Fällen erfordert, wo der Umkreis der der rechtlichen Behandlung unterworfenen Einzelgegenstände durch deren Zugehörigkeit zum Vermögensinbegriff bestimmt wird, wo also die Vermögenszugehörigkeit die *Voraussetzung* dafür bildet, dass die betreffende rechtliche Bestimmung auf einen konkreten Gegenstand Anwendung findet. Es sind hier zu nennen die Bestimmung des § 516 BGB, welche die „ Schenkung " als bereichernde Zuwendung aus dem Vermögen charakterisiert (1), und die Bestimmung des § 1939 BGB, welche das „ Vermächtnis " als die Zuwendung eines Vermögensvorteils definiert. Die gleiche Erscheinung finden wir in der CPO, wo die der Zwangsvollstreckung unterliegenden Gegenstände durch ihre Zugehörigkeit zum beweglichen bezw. unbeweglichen Vermögen bestimmt werden.

2. Die Vermögensbestandteile.

Im Gesetz werden als Vermögensbestandteile namentlich aufgeführt:

1. Forderungen: BGB 49, 720, 1524, 1551, 1667, 1816, 1977, 2019, 2040, 2111, 2114, 2118, 2129; HGB 39, 40, 149; CPO 807, 828 ff.

2. Rechte: BGB 82, 718, 1370, 1380, 1387, 1414, 1440, 1449, 1462, 1473, 1486, 1522, 1524, 1551, 1554, 1582, 1638, 1651, 2041, 2111, 2113, 2366, 2367, 2374; CPO 828, 857, 564; KO 134.

3. Ansprüche: BGB 207, 1978, 2039, 2369, 2383; CPO 846, 852.

4. Sachen: BGB 706, 1361, 1366, 1372, 1373, 1377, 1382, 1414, 1443, 1462, 1528, 1640, 1650, 1653, 1667, 1818, 1960, 2022, 2026, 2027, 2122, 2125, 2185, 2373; HGB 261; CPO 805, 808, 809, 810, 820; KO 1, 117, 118, 122; StPO 453.

---

(1) Materiell dürfte auch für den „ Kauf " die Zugehörigkeit des Kaufgegenstandes zum Vermögen zutreffend sein. Zwar nennt das BGB als Kaufobjekte nur Sachen und Rechte; Doktrin und Judikatur sind sich aber darin einig, dass die Kaufregeln auch auf die Veräusserung anderer Gegenstände wenigstens analoge Anwendung finden. Cf. Plank § 433 N. 3, Crome *System* II 406 f., Oertmann *Recht der Schuldverhältnisse* S. 320.

5. Geld: BGB 1377, 1642, 1653, 1691, 1960, 2173; CPO 815; StPO 453; HGB 39.

6. Grundstücke (und Inventar): BGB 1378, 1421, 1423, 1445, 1551, 1663, 2111, 2113, 2130, 2166, 2167, 2168; HGB 39; CPO 864.

7. Inhaberpapiere usw.: BGB 1392, 1667, 1814, 1818, 1960, 2116; HGB 261; CPO 821.

8. Landgut: BGB 1421, 1515, 1663, 2049, 2130, 2312.

9 Geschäft: BGB 1655; HGB 27; KO 117, 134.

10. Wald: BGB 2123.

11. Bergwerk, Anlage usw.: BGB 2123; HGB 186.

12. Schiff, Schiffspart: CPO 858, 864.

13. Warenlager: KO § 134.

Auf eine kurze Formel gebracht, nennt das Gesetz: *Sachen*, *Rechte*, *Inbegriffe* (Landgut, Geschäft u. s. w.)

In der Doktrin besitzt die Bestimmung des Vermögens als Inbegriff von Sachen und Rechten wenig Freunde. Durchgehends wird sie als „ *irrationabel* " und logisch unmöglich abgelehnt. So führt z. B. *Oertmann* mit Bezug auf das römische Recht aus: Zu den Vermögensbestandteilen „ Servituten, Forderungen usw. zu rechnen, ist ganz korrekt. Nur musste mann dann logisch konsequent auch das wichtigste, umfassendste Vermögensrecht, das Eigentum, hierherstellen; denn Bestandteil unsres Vermögens ist eben nicht die Sache selbst, welche vielmehr sein Objekt bildet, sondern die rechtliche Beziehung zur Sache, das Eigentum. Und hier ist der schwache Punkt in der ganzen Unterscheidung! Verführt durch die fast allgemeine Denk- und Sprachweise des täglichen Lebens, welche dem Haben des Rechts an der Sache fälschlich das Haben der Sache selbst substituiert, identifizierten die römischen Juristen Eigentumsrecht und Sache, eine Verwechselung, die zumal bei der scharfen Durchbildung des römischen Eigentumsrechts, wohl erklärlich, aber um nichts weniger theoretisch verwerflich erscheint. Der richtige Gegensatz hätte nur sein können Eigentum — Servituten — Forderungen (Vermögensbestandteile), oder aber Sachen — Personen bezw. Leistungen (Vermögensobjekte) — eine Vermengung beider principia

divisionis enthält einen heillosen logischen Schnitzer! " (1) Dass trotzdem das BGB wie auch unser Prozessrecht an der gerügten Ausdrucksweise festhalten, ist wohl ein genügender Anlass zur Prüfung, ob der gerügte Fehler wirklich vorhanden ist.

Zunächst ist die Meinung zurückzuweisen, dass die Bezeichnung des Eigentums durch den Ausdruck „ Sache " einen logischen Fehler enthalte. „ Sache " in diesem Zusammenhang bedeutet ja nicht „ Sache " überhaupt, sondern „ Sache, die rechtlich zugehört, die im Eigentum des Vermögenssubjekts steht ". (2) Ob man aber sagt: „ ich habe eine Sache " oder „ ich habe Eigentum an einer Sache ", ist völlig gleich. „ Es kommt auf den Inhalt des Verbal- und des Objektsbegriffs an ", bemerkt mit Recht *Schuppe*: „ Das Haben kann das natürliche sein; dann muss das Recht an einer Sache oder das Recht der unbeschränkten Benutzung und Verfügung über sie den Objektsbegriff bilden. Das Haben kann aber auch das rechtliche Haben sein, und dann heisst das Haben schon Haben eines Rechts auf etwas; dann wird natürlich blos der Begriff der Sache, deren Benutzung und Verfügung Inhalt des Rechts ist, Objekt sein. " (3) Dieselbe Erwägung gestattet auch, als Vermögensbestandteile die Sachen zu nennen, indem die rechtliche Beziehung in den Begriff Vermögen gelegt wird. Es bedeutet dann auch keine Antinomie, wenn neben den Sachen als Vermögensbestandteile „ Rechte " genannt werden. Man darf natürlich nicht, wie Bekker (4) es tut, die Gegenüberstellung bilden: „ 1. die Rechte: Forderungen, Hypotheken, Eigentum usw., 2. die Sachen, dieselben deren Eigentum unter 1 steht. " Sondern es sind „ Rechte " nur „ die übrigen Rechte " abgesehen vom Eigentum. (5) Wenn man aber einwenden

---

(1) *Volkswirtschaftslehre des c. i. c.* 30 f. In ähnlichem Sinne Bekker *Pandekten* I 139, Birkmeyer *Vermögen* 23 f., 155 f. Neuner *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse* 50. — Bezüglich des neuen Rechts findet Zitelmann *Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs* 76 „ bei der Lehre von den Früchten, vom Besitz " die „ alte Verwechselung von Sache und Eigentumsrecht ".

(2) Cf. Windscheid *Pand.* I 150 A 4.

(3) *Der Begriff des subjektiven Rechts* 222.

(4) Pand. I 139.

(5) Cf. Zitelmann *loc. cit.* 83: „ In dem Gegensatz Früchte (und ebenso Vorteile

wollte: nachdem bei den Sachen die Bezeichnung des Rechtsobjekts gewählt worden sei, dann müsse man das auch bei den übrigen Vermögensbestandteilen tun, so ist zu erwidern, dass diese Rechtsobjekte eben „ Rechte " heissen. Die Sprache hat für diese Objekte gar keine besondere natürliche Bezeichnung geprägt, sondern übernimmt einfach die rechtliche Bezeichnung. Und zwar deshalb, weil der rechtliche Charakter der dem „ Rechte " zugrunde liegenden Beziehung für die Vermögenszugehörigkeit derselben ausschlaggebend ist. So bezeichnet denn auch die Wirtschaftslehre diese Beziehungen als „ Rechte ".

Nach dieser Ausführung möchte es als gleichgültig erscheinen, ob man als Vermögensbestandteile „ Rechte " oder „ Sachen und Rechte " aufführt, (1) indem es sich ja nur um einen verschiedenen Ausdruck für dieselbe Sache handelt. Aber die Richtigkeit dieses Resultats hängt davon ab, dass die in der vorhergehenden Ausführung vorausgesetzte und wohl der allgemeinen Ansicht entsprechende Identität von „ Sache " und „ Eigentumsobjekt " zutreffend ist. Nach meiner Meinung ist sie dies nicht.

Als Ausgangspunkt der Erörterung diene die bekannte l. 49 D 50, 16: „ bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est: naturaliter bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est beatos faciunt; beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur, etiam siquid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus, nam haec omnia in bonis esse videntur. " Die gewöhnliche Interpretation dieser Stelle ist die von *Birkmeyer* (2) empfohlene: „ Es gibt zwei Bedeutungen von bona im Sinne von Gütern, eine natürliche vulgäre und eine zivile oder juristische. Der natürliche Sprachgebrauch hält sich lediglich an die Etymologie von bona und nennt daher so ohne weiteres alles, was eine

---

des Gebrauchs) einer Sache, eines Rechts bedeutet „ Sache ", Eigentum, „ Recht " ein sonstiges Recht. "

(1) Dieser Ansicht wohl Cosack *Lehrbuch des bürgerl. Rechts* I 145 f.

(2) *Vermögen* 24 - 26. Diese Interpretation ist von Windscheid *Pand.* I 152 A. 3 und Oertmann *Volkswirtschaftslehre des c. i. c.* 15 f. angenommen worden.

Glückswirkung für den Menschen hervorbringt, nämlich ihm zur Befriedigung seiner wirtschaftlichen Bedürfnisse tauglich ist; ohne sich weiter darum zu kümmern, in welchem Rechtsverhältnis diese bona stehen. Bona im Rechtssinne dagegen sind nur die Güter, die wir als nostra bezeichnen dürfen, die uns rechtlich gehören. Und zwar zählen zu diesen bona: nicht nur die Gegenstände unseres Eigentumsrechts, sondern auch die Gegenstände, an welchen wir das Recht der bonae fidei possessio oder der superficies haben. Auch das was in unseren Klagen steckt, und sofern etwas in unseren Klagen steckt, diese nicht etwa actiones inanes, blosse wertlose Rechte sind, auch das zählen wir zu den bona im Rechtssinn. Denn wir dürfen annehmen, dass all dies zu den Gütern im Rechtssinn gehört ". Ich halte diese Interpretation nicht in allen Stücken für richtig. Unrichtig erscheint mir zunächst die Deutung der bona im natürlichen Sinn als Mittel „ zur Befriedigung der wirschaftlichen Bedürfnisse ", wie bereits im Früheren betont worden ist. Wichtiger ist folgende Abweichung. Die „ res dominii " erkläre ich nicht als Eigentum schlechthin, sondern als Eigentumsbesitz, Besitz auf Grund des Eigentumsrechtes. Und zwar deshalb, weil bei den „ Rechten " die petitiones genannt werden, die dinglichen Ansprüche, unter denen an erster Stelle die Klage auf Herausgabe des Eigentums, die rei vindicatio, steht. (1) Da nicht wohl anzunehmen ist, dass der Jurist den Eigentumsherausgabeanspruch zweimal genannt habe, zuerst als dominium und später als petitio, so muss der Ausdruck „ res dominii " m. E. auf das Eigentum mit Ausschluss des Eigentumsherausgabeanspruchs, also auf den *Eigentumsbesitz*, genauer im Sinne des modernen Rechts: den unmittelbaren oder mittelbaren Eigentumsbesitz, beschränkt werden. (2) Bezeichnet aber res dominii

(1) Cf. l. 178 § 2 D 50, 16 und Windscheid *Pand.* I § 45 N. 3.

(2) Ebenso wohl Dankwardt *Nationalökonomisch-zivilistiche Studien* I 40: „ Mit dem Begriff der petitio erweitert sich der Begriff des Vermögens. Die blosse abstrakte Möglichkeit, den Besitz einer Sache von jedem beliebigen Inhaber mit Hilfe des Staates zu erlangen, um sie als Eigentum zu besitzen, bekommt einen Wert im Verkehr, weshalb denn auch die petitiones als Vermögensbestandteile, — als eine Art der bona civilia aufgeführt werden. Dadurch entsteht das abstrakte Eigentumsrecht, im Gegensatz zu dem konkreten dominium, welches mit dem Besitz verbunden ist. "

nicht das Eigentum schlechthin, so ist es wohl gerechtfertigt, in der Aufzählung der Vermögensbestandteile den Eigentumsbesitz deutlich von dem Eigentumsrecht, das ja auch nach dem Verlust des Besitzes fortdauert, zu unterscheiden, und dies dürfte mit dem Ausdruck „ res ", „ Sache ", treffend geschehen. Ist dies richtig, so ergibt sich, weshalb die römischen Juristen (und auch die modernen Gesetze) mit gutem Grunde in der Aufzählung der Vermögensbestandteile nicht das „ Eigentum ", sondern die „ Sachen " nennen.

Ist es nun richtig, dass auch die heutigen Gesetze unter „ *Sache* " nicht das Eigentum schlechthin, sondern nur den unmittelbaren oder mittelbaren Eigentumsbesitz, zum Teil sogar lediglich den „ Besitz ", verstehen? Ich glaube, dass der Nachweis dafür erbracht werden kann. (1) Der „ Niessbrauch an Sachen " kann nur an den Sachen bestellt werden, welche im Besitz des Bestellers sind (§ 1032 BGB). Dagegen fällt der Niessbrauch an dem Eigentumsherausgabeanspruch unter den „ Niessbrauch an Rechten ". *Planck* (2) leugnet zwar gegenüber Biermann, dass an dem „ Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe der Sache " ein Niessbrauch bestellt werden könne, aber m. E. mit unzulänglicher Begründung. Ich kann nicht einsehen, weshalb an einer Forderung auf Leistung der Sache ein Niessbrauch mit der Wirkung, dass der Niessbraucher den Niessbrauch an dem geleisteten Gegenstand erhält (BGB § 1075) möglich sein soll, dagegen nicht an dem Herausgabeanspruch des Eigentümers. Ebenso muss bei der Bestellung des Pfandrechts an einer beweglichen Sache der Besteller im (unmittelbaren oder mittelbaren: § 1205) Besitz der Sache sein. Dass an dem Anspruche des Eigentümers auf Herausgabe der Sache ein Pfandrecht bestellt werden könne, leugnet *Planck* (3) m. E. ebenfalls zu Unrecht. Beim Kaufvertrag über eine „ Sache " ist der Verkäufer verpflichtet, den

(1) Eine allgemeine Vorbemerkung ist hier notwendig. Die Unterscheidung von Eigentumsbesitz und blossem Eigentumsrecht hat regelmässig nur Geltung für die beweglichen Sachen, da die mittelbare Besitzbeziehung des Eigentümers zu unbeweglichen Sachen durch die Eintragung im Grundbuch gleichsam unzerstörbar ist.

(2) § 1070 N. 1.

(3) N. zu § 1275 unter Verweisung auf § 1070.

Besitz zu übertragen. Handelt es sich um den Verkauf des Eigentumsherausgabeanspruchs, des Eigentums ohne dass der Verkäufer den (unmittelbaren oder mittelbaren) Besitz übertragen kann, so liegt Kauf eines Rechtes vor. Die zum eingebrachten Gute (§ 1373) gehörenden „ Sachen " müssen sich im Besitz der Frau befinden, damit der Mann sie in Besitz nehmen kann. Das Gleiche gilt für die §§ 1443, 1519 II, 1549, 2205. Die Herausgabe der „ Erbschaftssachen " seitens des Erbschaftsbesitzers regelt sich nach den Bestimmungen über die Herausgabe einer Sache seitens des Besitzers an dem Eigentümer (§ 2023); die „ Erbschaftssachen " waren also im „ Besitz " des Erbschaftsbesitzers. Auch die CPO unterscheidet zwischen dem Eigentumsbesitz und dem Eigentumsherausgabeanspruch, cf. § 808 mit § 846; letzterer wird gepfändet nach den Regeln über „ Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte, ersterer nach den Regeln über „ Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen "

Es ist danach nicht daran zu zweifeln, dass das Gesetz unter „ Sache " als Vermögensbestandteil nicht das Eigentum schlechthin versteht, sondern den Eigentumsbesitz. Dies ist deshalb wichtig, weil es erweist, dass die Zugehörigkeit zum juristischen Vermögen nicht ausschliesslich durch rechtliche Momente hervorgerufen wird, sondern dass dafür in erster Linie ein nicht in rechtlichen Beziehungen gegründetes Moment bestimmend ist. Die „ Sache " gehört zum Vermögen, nicht weil sie Eigentum ist, sondern weil sie kraft Eigentums besessen wird. Als Eigentumsbesitz aber tritt sie aus dem Bereiche der reinen rechtlichen Herrschaftsbeziehungen heraus, sie bekennt sich offen als Bestandteil der tatsächlichen, der wirtschaftlichen Vermögensmacht, der durch die rechtliche Beziehung nur eine besondere Qualität empfangen hat. Und das entspricht auch durchaus der grundsätzlichen Entscheidung, die man bezüglich der Natur des juristischen Vermögensbegriffs treffen muss. Das Vermögen gehört zu den dem Wirtschaftsleben angehörigen der rechtlichen Regelung unterworfenen Erscheinungen (1). Der Begriff „ Vermögen "

(1) Zu vergleichen Schlossmann *Vertrag* 296 ff. — Bemerkenswert ist auch die

ist dem Begriff „ *Rechtsobjekt* " *zu subordinieren*, nicht dem Begriff „ Recht ", wie es von denen geschieht, welche das Vermögen als rein juristischen Begriff, als Summe rechtlicher Beziehungen, erklären. Der Vermögensbegriff ist ein vom Rechte nicht selbständig geschaffener, sondern vorgefundener Begriff, und dem Rechte liegt nur die *juristisch-technische Gestaltung des Begriffs* ob. Die Vermögensbestandteile sind ihrem Wesen nach wirtschaftliche Grössen. Die Rechtsordnung tritt mit ihrer Regelung an die vorhandenen tatsächlichen Erscheinungen heran, z. T. anerkennend und ihnen damit rechtlichen Charakter verleihend, zum Teil ablehnend und damit aus ihrem Schutzbereich verweisend. Das juristische Vermögen kann nichts anderes sein als die *Summe der der rechtlichen Anerkennung teilhaftig gewordenen Bestandteile des wirtschaftlichen Vermögens*.

Die Richtigkeit dieser Auffassung muss die nachfolgende Einzeluntersuchung ergeben.

Als den Grundstock des wirtschaftlichen Vermögens haben wir die Nutzungsgewalt, den *Besitz* über die Sachgüter erkannt. Dass der auf das Eigentumsrecht gegründete Besitz zum juristischen Vermögen gehört, ist bereits nachgewiesen worden. Aber auch der übrige Besitz ist als Bestandteil des juristischen Vermögens anzusehen. Zu den Beiträgen der Gesellschafter, welche nach § 718 I Gesellschaftsvermögen werden, gehört auch die Ueberlassung einer Sache lediglich zur Nutzung (§ 706 II). Für die „ Auseinandersetzung in Ansehung des Gesellschaftsvermögens " bestimmt § 732, dass die Gegenstände, die ein Gesellschafter der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, ihm zurückzugeben sind. Diese Rückgabe ist ein Teil der Vermögensauseinandersetzung, die Gegenstände gehörten zum Gesellschaftsvermögen. Nach § 1414 haftet das eingebrachte Gut nicht für Verbindlichkeiten der Frau, die nach der Eingehung der Ehe infolge

---

Ausführung bei Planck N. zu § 2169: „ Ob der Erblasser wusste, dass ihm die Sache nicht eigentümlich gehörte, ist unerheblich, denn ihm liegt nicht sowohl daran, dem Bedachten ein Recht als vielmehr ihm ein Gut zuzuwenden. " — Weiter ist zu verweisen auf Gierke *Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs* 112 f.

des Besitzes einer zu dem Vorbehaltsgute gehörigen Sache entstehen. Gedacht ist u. a. an die Verbindlichkeiten aus §§ 833, 836 (1), zu deren Entstehung das Eigentumsrecht nicht erfordert ist. Zu § 1520, nach welchem eingebrachtes Gut eines Ehegatten ist, was ihm bei dem Eintritt der Errungenschaftsgemeinschaft gehört, gibt *Planck* (2) die Erläuterung: „ Als einem Ehegatten gehörend ist auch ein Gegenstand zu erachten, der vor dem Eintritt der Errungenschaftsgemeinschaft unter einer Bedingung erworben worden ist, wenn die Bedingung später eintritt. Das Gleiche gilt, wenn... das Eigentum einer Sache, die ein Ehegatte beim Eintritt der Errungenschaftsgemeinschaft besitzt, später durch Ersitzung erworben wird ". § 2619 II erwähnt ausdrücklich, dass der blosse Besitz vermacht werden kann, was nach § 1939 die Zuwendung eines Vermögensvorteils bedeutet. Nach § 857 geht der Besitz auf den Erben über, die im Besitz des Erblassers befindlichen Sachen gehörten zu dessen Vermögen. (3) Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen ergreift nach § 808 CPO die „ im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen ", ohne Rücksicht auf deren rechtliche Zugehörigkeit. (4)

Der Besitz ist der Grundstock des Vermögens. Dass die Rechtsordnung dies anerkennt, darf daraus geschlossen werden, dass sie

---

(1) Cf. Planck § 1414 N. 1.

(2) § 1520 N. 1. — Das Gleiche gilt bezüglich § 1551, cf. Planck § 1551 N. 1.

(3) Dies leugnet zwar Binder I 49 f., allein als Beweis erbringt er nichts als seinen unrichtigen Vordersatz, dass das Vermögen ein Inbegriff von Rechten sei; weil der Besitz kein Recht sei, folgert er, könne er auch nicht zum Vermögen gehören. Bereits für das römische Recht konstatiert Birkmeyer *Vermögen* 120 N. 374, dass die hereditatis petitio auch Sachen ergreift, an denen der Erblasser nur Gewahrsam hatte. — Cf. auch Planck § 2018 N. 3: „ Der Vorteil aus der Erbschaft, auf dessen Erlangen der Erbschaftsbesitz beruht, kann vor allem in dem Erwerb des Besitzes an bisher, wenn auch nur tatsächlich (besitzrechtlich) zum Nachlass gehörenden Sachen bestehen "; ebenso N. 4; § 2374 N. 2 a: „ Es gehört hierher auch der Besitz von Sachen, die dem Erblasser nicht gehörten, weil auch dieser Besitz zu der Erbschaft gehört "; und § 2032 N. 1: „ Die Gemeinschaft erstreckt sich auch auf den Besitz. Die Miterben werden hinsichtlich der besitzrechtlich zum Nachlass gehörenden Sachen nach §§ 857, 2032 mit dem Erbfall Mitbesitzer ".

(4) Der Gläubiger kann sogar seine eigenen bei dem Schuldner befindlichen Sachen pfänden lassen; ein Fall, der in der Praxis der Abzahlungsgeschäfte nicht selten vorkommt.

verschiedentlich das Vermögensganze als Besitzobjekt (allerdings nicht im technischen Sinne des BGB §§ 854 ff.) bezeichnet: der Bürge muss „ angemessenes Vermögen besitzen " (§ 239); Erbschaftsbesitzer wird der genannt, „ der etwas aus der Erbschaft erlangt hat " (§ 2018); (1) artt. 161 und 162 des Einführungsgesetzes zum BGB sprechen von der „ Einweisung des mutmasslichen Erben in Besitz oder Genuss des Vermögens "; KO § 117 legt dem Konkursverwalter auf, das gesamte zur Konkursmasse gehörige Vermögen „ in Besitz und Verwaltung zu nehmen "; StGB § 93 trifft Anordnung über das „ Vermögen, welches der Angeschuldigte besitzt ".

Dass *Mitbesitz und Teilbesitz* in gleicher Weise wie der Vollbesitz zum juristischen Vermögen gehören, bedarf keiner besonderen Ausführung. Dagegen ist zu betonen, dass auch die Besitzfälle, die — wie oben dargelegt — gewöhnlich als solche nicht anerkannt werden, in diesem Zusammenhange aufzuführen sind, nämlich der Servitutenbesitz und der auf Grund obligatorischer beschränkter Nutzungsrechte bestehende Besitz. Ihrem Wesen nach gehören sie hierher, wenngleich man sie auch fürderhin mit dem Namen eines Rechts bezeichnen wird. Denn auch wenn man von dem „ Rechte " spricht, so meint man doch das Lebensgut, welches durch die rechtliche Anerkennung zum Rechte erhoben wird, für das eine besondere Bezeichnung die Sprache nicht ausgebildet hat. Es ist dies derselbe sprachliche Notbehelf, der uns auch zwingt, von „ Früchten eines Rechtes " (2), von „ Rechten an Rechten " (3) zu sprechen, obwohl doch kein Zweifel darüber besteht, dass eine rechtliche Beziehung niemals Früchte tragen kann, sondern nur das unter der Bezeichnung „ Recht " mitgedachte Lebensgut, welches durch die rechtliche

---

(1) Der „ Erbschaftsbesitz " ist keineswegs auf den „ Sachbesitz " zu beschränken; nach § 2019 gehören auch „ Forderungen " dazu und § 2025 unterscheidet deutlich zwischen „ Erbschaftsgegenstand " und „ Erbschaftssache ". Wohl aber ist der Sachbesitz der praktisch wichtigste Fall des Erbschaftsbesitzes, weil der Sachbesitz ohne weiteres dem Rechte des Erben entzogen werden kann, während dies bezüglich der Forderungen und Rechte nicht der Fall ist.

(2) Cf. Kohler *Lehrbuch* I 464, 484.

(3) Cf. Kohler *Lehrbuch* I § 199; auch Schuppe *Begriff dess ubjektiven Rechts* Kap. 22: „ Recht an einem Rechte " und 23: „ Pfand ".

Beziehung in den Herrschaftskreis des Berechtigten einbezogen wird, dass das Pfandrecht, der Niessbrauch „ an einem Rechte " nur die Materie des Rechts, das Lebensgut, der Herrschaft des Pfandgläubigers, des Niessbrauchers unterwerfen.

Der zuletzt besprochene Rechtsbesitz unterscheidet sich von den übrigen Besitztatbeständen darin, dass er an die Berechtigung die Sache zu nutzen, gebunden ist, während die übrigen Besitztatbestände nicht an das Nutzungsrecht gebunden sind. In dieser Beziehung ist noch eine Ergänzung notwendig. Der Besitz als Nutzungsmöglichkeit wird von der Rechtsordnung allgemein geschützt, nicht aber die Ausübung der Nutzung selbst. Vielmehr ist hierfür eine besondere rechtliche Anerkennung, eine Nutzungsberechtigung notwendig.

Ich resumiere mich dahin: die erste Kategorie der Bestandteile des wirtschaftlichen Vermögens, der Sachbesitz, gehört ohne Ausnahme zum rechtlichen Vermögen. (1)

Als zweite Kategorie der Bestandteile des wirtschaftlichen Vermögens sind die *Erwerbsanwartschaften* festgestellt worden, der zukünftige auf Grund eines bereits erfüllten Tatbestandes mit Wahrscheinlichkeit zu erwartende Besitz. Die rechtliche Anerkennung und aus ihr resultierend die Zugehörigkeit der Erwerbsanwartschaften zum juristischen Vermögen bestimmt sich nach dem Vorhandensein zweier Voraussetzungen, die bezüglich des die Anwartschaft begründenden Tatbestandes erfüllt sein müssen: er muss zunächst eine genügende Bestimmtheit haben, so dass eine individuelle Beziehung des erwarteten Erwerbsobjekts zu dem Vermögenssubjekt besteht, und er darf zweitens kein unsittliches Moment enthalten. Danach können wir nun drei Gruppen rechtlich anerkannter Erwerbsanwartschaften unterscheiden.

Zunächst sind zu nennen die *Ansprüche* (im wirtschaftlichen Sinne), die durch die Gebundenheit anderer Privatwirtschaften, Sachgüter zu leisten, begründeten Erwerbserwartungen. Die Gebundenheit ist

(1) Zu dieser Kategorie gehört weiterhin die Verfügungsgewalt über die Naturkräfte, die Energieen. (Cf. dazu ENDEMANN I 228 und BINDER *Vermögensrecht und Gegenstand* 255 ff.) Bezüglich dieser gilt, dass nicht die Nutzungsmöglichkeit, sondern nur das Nutzungsrecht ihre Zugehörigkeit zum rechtlichen Vermögen bewirkt.

am stärksten, wo sie durch ein Leistungsgebot der Rechtsordnung — auf Grund dinglichen (Eigentum, ius in re aliena, Besitz) oder obligatorischen Rechts — hergestellt wird. Aber auch dann ist sie eine rechtlich begründete, wenn zwar das direkte Leistungsgebot fehlt, die geschehene Leistung indessen als rechtswirksam anerkannt wird. Dies ist der Fall bei den sog. naturalen Ansprüchen ( ). Alle übrigen Ansprüche, vor allem die auf eine unsittliche Grundlage sich stützenden Ansprüche sind vom juristischen Vermögen ausgeschlossen, sie verdienen keinen rechtlichen Schutz, die Rechtsordnung kümmert sich nicht um ihr Schicksal ([2] [3]).

Zweitens gehören zum juristischen Vermögen alle Erwerbsanwartschaften, welche durch die Rechtsordnung zu rechtlichen Herrschaftsbeziehungen ausgestaltet worden sind. Die Form, unter der dies geschieht, ist die Statuierung des die Anwartschaft begründenden Tatbestandes zur Grundlage eines subjektiven Rechts. Da der Begriff des subjektiven Rechts die der rechtlichen Position zu Grunde liegenden tatsächlichen Beziehungen miteinbegreift, so benennen wir diese *Anwartschaften* mit dem Namen der betreffenden subjektiven Rechte. Es sind die Anwartschaftsrechte ([4]), die Aneignungsrechte ([5]), die wirtschaftlichen Privilegien, die Immaterialgüterrechte; im besonderen: die Anwartschaft des bedingt Berechtigten (BGB §§ 160 ff.), des Hinterlegers nach § 352, des aus des Vormerkung Berechtigten (§ 883), des Erbberechtigten bis zum Eintritt

---

(1) Kohler *Lehrbuch* II 1 S. 310 will die Ansprüche aus Spiel und Wette aus dem Verkehrsrecht ausschliessen, da diese Verträge dem Verkehrsleben fremd seien. (Ebenso v. Ihering *Geist* III 1 S. 343 A. 452). Vom privatwirtschaftlichen Standpunkte — der hier einzunehmen ist — gehören sie aber unzweifelhaft zu den Erscheinungen des wirtschaftlichen Lebens. — Das Reichsgericht (E XXXX 21) hat solche Ansprüche als Objekt eines strafbaren Betrugs anerkannt. — Erfüllung einer naturalen Obligation ist nicht Schenkung, cf. Crome *System* II 506.

(2) Eingehende Kasuistik bei Kohler *Lehrbuch* II 1 S. 93—104.

(3) Einzelne Erwerbsanwartschaften sind derart eng mit dem Besitz an einer Sache verknüpft, dass sie als Vermögensstücke unter der Kategorie der Sachgüter auftreten. Dazu gehören Inhaberpapiere und Ordrepapiere mit Blankoindossament. Cf. BGB §§ 234, 935, 1006, 1081, 1293, 1362, 1381, 1392, 1646, 1818, 2116.

(4) Cf. Zitelmann *Int. Privatrecht* II 50, Crome *System* II § 33, auch Kohler *Lehrbuch* I 160 f.

(5) Cf. Zitelmann *loc. cit.* 48.

des Erbfalles ( ), des Nacherben bis zum Eintritt der Nacherbfolge (§§ 2108, 2112 ff.), des in einem Lebensversicherungsvertrag als Versicherten Bestimmten, die Aussichten des Destinatars einer Stiftung, einer Auflage, die Rechtsstellung des Empfängers eines Vertragsantrags nach §§ 145 ff., die Enteignungs-, Vorkaufs-, Wiederkaufs-, Uebernahmerechte, die Okkupationsrechte und Rechte auf Gewinnung von Bodenbestandteilen, die Absatzmonopole und Gewerbeprivilegien, die literarischen, künstlerischen und gewerblichen Urheberrechte.

Zum juristischen Vermögen gehören drittens noch bestimmte Erwerbsanwartschaften, die nicht zu subjektiven Rechten individualisiert worden sind. Eine rechtliche Anerkennung in irgend einer Form muss aber natürlich auch rücksichtlich ihrer vorhanden sein. Die wichtigsten derselben sind die an die Persönlichkeit mit Rücksicht auf ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gebundenen und die mit dem Erwerbsgeschäft verknüpften *rein tatsächlichen* Erwerbsanwartschaften. Bezüglich der erstgenannten wird die Erörterung im späteren stattfinden. An dieser Stelle soll nur das *Erwerbsgeschäft* behandelt werden.

Dass das Erwerbsgeschäft Vermögensbestandteil sei, ist nicht unbestritten. *Binder* (²) z. B. will es als Stück des juristischen Vermögens nicht anerkennen. Aber für seine Auffassung kann er im Grunde nur das eine Argument anführen: das Vermögen ist ein Inbegriff von Rechten, das Erwerbsgeschäft ist kein Recht, folglich kann es nicht zum Vermögen gehören. Es fehlt in dieser Beweisführung an der Richtigkeit des Vordersatzes, Binder hat den strikten Nachweis dafür, dass das Vermögen ein Inbegriff von Rechten sei, nicht erbracht, und — so dürfen wir wohl schon jetzt hinzufügen — dieser Nachweis kann überhaupt nicht erbracht werden. Gerade die Zugehörigkeit des Erwerbsgeschäfts zum juristischen Vermögen macht es über jeden Zweifel erhaben, dass das juristische Vermögen sich nicht aus Rechten, sindern aus rechtlich anerkannten Lebensgütern zusammensetzt. Der Charakter des Erwerbsgeschäfts als

(1) Cf. Planck Vbm. I 1 zum 3. Abschnitt des 5. Buches.
(2) *Rechtsstellung des Erben* I 31 ff.

Vermögensbestandteil geht aus den gesetzlichen Bestimmungen mit aller Deutlichkeit hervor. BGB § 1655 erklärt: „ Gehört zu dem der Nutzniessung unterliegenden Vermögen ein Erwerbsgeschäft ... ", KO §§ 117, 134 sprechen von dem zur Konkursmasse gehörigen Geschäft des Gemeinschuldners, HGB § 27 von dem zum Nachlasse gehörenden Handelsgeschäft. Unter den Massnahmen der Vermögensverwaltung führt das Gesetz auf: Errichtung bezw. Erwerb, Betrieb, Auflösung bezw. Veräusserung eines Erwerbsgeschäfts, cf. BGB §§ 1645, 1823, 1643, 1822, 1825, 1841. Danach ist ein Zweifel an der Zugehörigkeit des Erwerbsgeschäfts zum juristischen Vermögen doch wohl ganz ausgeschlossen.

Unter Erwerbsgeschäft im Sinne des BGB ist „ jede regelmässige auf Erwerb gerichtete Tätigkeit " zu verstehen (1). Genau genommen trifft diese Definition nicht so sehr das Erwerbsgeschäft als vielmehr den „ Betrieb des Erwerbsgeschäfts ". Die Tätigkeit als Wirken des Menschen in der Zeit kann nicht Vermögensstück sein, da es keine Dauer besitzt. Erwerbsgeschäft im Sinne einer Konstanz und Dauer besitzenden objektiven Erscheinung ist vielmehr die Basis, auf die die wirtschaftliche Erwerbstätigkeit sich stützt, die sie ermöglicht und sicher stellt, es ist Voraussetzung und Möglichkeit der „ regelmässigen auf Erwerb gerichteten Tätigkeit ". (2) Als solche ist es keineswegs gleichbedeutend mit dem Inbegriff der dem Betriebe dienenden und zu ihm gehörigen Sachen und Rechte (3). *Behrend* (4) zählt „ drei Arten von Geschäftsaktiva auf: 1. die körperlichen Sachen, welche den Zwecken des Handelsbetriebs zu dienen haben, 2. die Rechte, welche in Beziehung zu dem Handelsgewerbe stehen, 3. die sog. Chance des Gewerbetreibenden, darin bestehend, dass derselbe auf die in Z. 1 und 2 erwähnten sinnlich wahrnehmbaren bezw. urkundlich feststellbaren Grundlagen einerseits und auf seine Beziehungen zu Publikum und Geschäftswelt anderseits die Hoffnung

(1) Planck § 112 N. 2, § 1405 N. 3.
(2) Cf. Binder *loc. cit.* I 32.
(3) Ebenso Binder *eod. l.*
(4) *Lehrbuch des Handelsrechts* II, mitgeteilt bei Daniel *Unlauterer Wettbewerb* 55. — Ebenso Cosack *Lehrbuch des Handelsrechts.*

aufbaut, dass ihm aus der ferneren Ausübung seines Gewerbes zum mindesten der nämliche Gewinn, wie bisher, erwachsen werde. Diese Beziehungen zu Publikum und Geschäftswelt können zusammengefasst werden in 3 Faktoren, nämlich die Kundschaft, den Kredit und das Renommee des Gewerbetreibenden. Diese Trias bildet die Grundlage, auf welcher das Gebäude seiner geschäftlichen Existenz ruht. " Diese Darstellung ist insofern bemerkenswert, weil sie unter Ziffern 2 und 3 deutlich die Unterscheidung der zu subjektiven Rechten individualisierten (1) und der rein tatsächlichen Erwerbsanwartschaften trifft. Allerdings mit der sub 3 gegebenen Charakterisierung kann ich mich nicht befreunden, weil sie einesteils nicht erschöpfend ist, zum andern Teile die Besonderheit der rein tatsächlichen Erwerbsanwartschaften nicht deutlich genug hervorhebt. Will sagen: Kundschaft, Kredit und Renommee sind nicht primäre Grössen, sondern Folgeerscheinungen, gewissermassen das Resultat einer Summe rechtlicher und tatsächlicher Verhältnisse. Und wie die rechtlichen d. h. die als subjektive Rechte individualisierten Grundlagen jener „ Chance " neben dieser ihre selbständige Bedeutung behalten, so auch die Grundlagen rein tatsächlicher Natur. Als solche sind unter den Erwerbsanwartschaften, den Geschäftsaktiva, aufzuführen nicht nur die „ Beziehungen zu Publikum und Geschäftswelt ", sondern auch die die Leistungsfähigkeit des Unternehmens sichernden rein tatsächlichen Verhältnisse, die betriebstechnischen Vorteile und Geschäftsgeheimnisse (2), der Besitz eines treuen Arbeiterstammes, die Möglichkeit, eine den Betriebsverhältnissen entsprechende Zahl von Angestellten und Arbeitern einzustellen, endlich auch in besonders hervorragendem Masse die Leistungsfähigkeit des Geschäftsinhabers selbst.

Dass insbesondere die Kundschaft, die tatsächlichen Beziehungen zum Abnehmerkreise, als ein wesentlicher Bestandteil des Erwerbsgeschäfts anzusehen ist, unter Umständen sogar das alleinige reale

---

(1) Dazu gehören Ansprüche, Firma und Warenzeichen, Absatzmonopole und Kaufverträge, Urheberrechte und Verpflichtung der Angestellten zur Unterlassung von Konkurrenz und Verwertung der erworbenen Kenntnisse in fremden Betrieben.

(2) Cf. Cosack *loc. cit.*

Objekt bei der Veräusserung desselben sein kann, wird in der Judikatur heute allgemein anerkannt ( ).

Auch bezüglich der rein tatsächlichen Erwerbsanwartschaften ist natürlich zu sagen, dass sie nur insoweit dem rechtlichen Vermögen angehören können, als sie nicht in einem unsittlichen Tatbestande ihre Begründung haben. Eine Erwerbstätigkeit, welche die Unsittlichkeit zur Grundlage hat, wird von der Rechtsordnung nicht mit ihrem Schutze bedacht. Der gleichen Erwägung entspringt es, wenn die Rechtsordnung den Verkauf einer ärztlichen oder anwaltlichen Praxis als rechtsunwirksam erklärt, weil ein solcher Vertrag unserem sittlichen Empfinden widerspreche (²).

Die dritte Kategorie der Bestandteile des wirtschaftlichen Vermögens bilden die *Garantien gegen die Verminderung des Vermögensbestandes*. Zum rechtlichen Vermögen zählen sie, soweit sie durch die Rechsordnung ausdrücklich anerkannt und gewährleistet werden. Es sind zu nennen die Schadensversicherungen, die Anfechtungs-, Einrede-, Kompensations-, Zurückbehaltungs-, Rücktritts- und Leistungsverweigerungsrechte (cf. BGB §§ 821, 853, 2083), endlich die *Ansprüche auf Dienst- und Arbeitsleistungen*. Keinen Unterschied macht es, ob die Arbeitsverpflichtung auf gesetzlicher (BGB §§ 1356 II, 1671) oder vertraglicher Bestimmung beruht. Die Rechte auf Dienst- und Arbeitsleistungen sichern den Vermögensbestand, indem sie dem Vermögenssubjekt Aufwendungen, durch die er sich sonst die Leistungen verschaffen müsste, ersparen. Die Arbeitsleistungen selber gehören nicht zum Vermögen. (³) Wenn § 706 III BGB bestimmt, dass „ der Beitrag eines Gesellschafters auch in der

---

(1) Insbesondere durch Statuierung einer Verpflichtung eines Konkurrenzverbots. Cf. RG in der Jur. Woch. 1908 Entsch. N. 135.

(2) Es darf erwähnt werden, dass die schweizerischen Gerichte den Verkauf einer ärztlichen Praxis als zulässig erachten, cf. Recht 1909 N. 7 Sp. 241.

(3) Wenn Planck Vbm. III zum Titel Vermächtnis unter Berufung auf Mot. V S. 142 sagt: „ Alles was Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein kann, bildet auch den möglichen Gegenstand eines Vermächtnisses. Insbesondere können auch Handlungen, die einen Vermögenswert haben, wirksam vermacht werden ", so ist doch zu bemerken, dass in Wirklichkeit dem Vermächtnisnehmer nur ein Anspruch auf diese Handlungen zugewendet wird.

Leistung von Diensten bestehen kann ", und § 718 das Gesellschaftsvermögen als die Summe der Beiträge der Gesellschafter und der erworbenen Gegenstände bezeichnet, so liegt bezüglich der Dienstleistungen eine Ungenauigkeit vor. Die Leistung als solche, als Tätigwerden des Leistenden, ist mit ihrem Geschehen vorbei und kann nicht als dauernde Grösse in die Vermögensberechnung eingestellt werden. Vermögensobjekt kann nur sein, wenn die Arbeit einen dauernden Erfolg schafft, das Resultat der Leistung, und weiterhin das Recht auf die Leistung. Zum Gesellschaftsvermögen gehören die Resultate der Leistungen, die „ erworbenen Gegenstände ", und — unter der Voraussetzung, dass nach dem Gesellschaftsvertrag auch die Ansprüche auf die Beitragsleistungen zum Gesellschaftsvermögen gehören (1) — die Rechte auf die Dienstleistungen.

Als Bestandteile des juristischen Vermögens beanspruchen die „ *Rechte an fremden Vermögen* " eine besondere Betrachtung. Drei Arten der „ Rechte an fremden Vermögen " sind festzustellen: Verwaltungs-, Nutzungs- und Anteilrechte. Das *Recht der Verwaltung fremden Vermögens* gehört weder zum wirtschaftlichen noch zum juristischen Vermögen. Zu bemerken ist aber, dass der auf Grund eines Verwaltungsrechts bestehende Besitz in der Eigenschaft als Sachbesitz zum Vermögen des Verwalters gehört. Denn auf die Nutzungsbefugnis des Besitzers kommt es nicht an, und ebenso wie der kraft Niessbrauchs bestehende Besitz nach dem Untergang des Rechts unverändert fortdauert (2), solange die „ tatsächliche Gewalt " vorhanden ist, so gilt dies auch von dem Verwaltungsbesitz (3). Das *Recht der Nutzung fremden Vermögens* gehört sowohl zum wirtschaftlichen wie zum juristischen Vermögen, und zwar soweit der

(1) Planck § 718 N. 1, Beyer *Surrogation* 328, Entscheidung des Reichsgerichts vom 17. IV. 1903 in E 54, 297.

(2) Cf. Planck § 868 N. 3 a.

(3) Das Gleiche gilt von dem „ Besitz " des Erbschaftsbesitzers. Es ist eine Streitfrage, ob der Nachlass zum Vermögen des Erbschaftsbesitzers gehöre. Dafür erklärt sich u.a. Binder *loc. cit.* III 108, dagegen Beyer *loc. cit.* A. 1 zu 2. Ich unterscheide: die unmittelbare Sachgüterherrschaft über Erbschaftssachen gehört zum Vermögen des Erbschaftsbesitzers, die zur Erbschaft gehörigen Erwerbsanwartschaften und Sicherungsgarantien nicht, weil der Erbschaftsbesitzer über diese keine rechtlich anerkannte Macht erlangt.

Nutzungsberechtigte die Sachgüter seiner Besitzgewalt einverleibt hat, als unmittelbare Sachgüterherrschaft, zum übrigen Teile als Erwerbsanwartschaft.

Anteilrechte am Vermögen sind vorhanden im Falle einer gemeinschaftlichen Vermögenszuständigkeit (Gemeinschaft zur gesamten Hand: insbesondere Gemeinschaft (1), Gesellschaft (2), nicht rechtsfähiger Verein, Gütergemeinschaft und Erbengemeinschaft).

Die Gesamtheit der Gemeinschafter ist hier sowohl Subjekt des Vermögens wie auch der einzelnen Vermögensgegenstände. Das bedeutet bezüglich der letzteren, dass die Gemeinschafter — was die „ Zuständigkeit " anbetrifft — an den Einzelberechtigungen anteilweise beteiligt sind (3). Die Bestandteile des Gemeinschaftsvermögens sind damit zugleich Bestandteile der Vermögen der einzelnen Gemeinschafter. Das Anteilrecht bedeutet nicht ein Recht *neben* dem Recht an den einzelnen Gegenständen. Werden in der Zusammenstellung der Vermögenssumme diese genannt, so hat das Anteilrecht keinen Platz; wird das Anteilrecht genannt, so bedeutet es in der Vermögenszusammenrechnung die Summe jener Einzelbestandteile (4).

Wo es sich um Rechtsbeziehungen privater Wirtschaftssubjekte zu dem Vermögen einer juristischen Person handelt, sind Anteilrechte nicht anzunehmen, sondern nur obligatorische Ansprüche — inhaltlich: Erwerbsanwartschaften oder Sicherungsgarantien — gegen die juristische Person (5). Wo aber das Mitgliedschaftsrecht eines Vereins das Recht auf Nutzung von Sachen enthält (6), gehört der kraft dieses Rechts hergestellte Besitz allerdings zum Vermögen

---

(1) Der Gedanke der gesamten Hand ist berücksichtigt in den Bestimmungen der §§ 746, 751 Satz 1, 755, 756. Cf. Planck Vbm. zum Titel Gemeinschaft S. 779 f. — Auch KO § 51.

(2) Planck erkennt Vbm. zum Titel Gesellschaft S. 728 wahren „ Anteil am Gesellschaftsvermögen " trotz §§ 719 und 725 an.

(3) Cf. Binder *Rechtsstellung der Erben* III 14 ff., *Gegenstand* 58 ff.; Sohm *Gegenstand* 68 ff.

(4) Cf. Sohm *Noch einmal der Gegenstand* 374 f., Binder *Vermögensrecht und Gegenstand* 235. — Das gleiche gilt für das „ Erbrecht ".

(5) Cf. Kohler *Lehrbuch* I §§ 141—143, Planck § 45 N. 1.

(6) Cf. Kohler *Lehrbuch* I 342 f.

des Berechtigten, aber nicht qua Anteil am Vereinsvermögen, sondern qua Besitz.

Die „ Rechte an fremden Vermögen " sind mithin nicht eine neue Kategorie von Bestandteilen des juristischen Vermögens, sondern nur Kombinationen der wahren Vermögenselemente: Besitz, Erwerbsanwartschaften und Sicherungsgarantien.

Gehören auch die *Vermögensrechte des öffentlichen Rechts* zum Vermögen im Sinne des BGB? Die Frage wird meist beantwortet mit Rücksicht auf das Nachlassvermögen und zwar — hier mit Recht — verneint; cf. *Binder*: „ auch wenn sie vererblich sind, gehören sie nicht zur Erbschaft im Sinne unseres Gesetzbuchs, welches als bürgerliches nur private Rechtsverhältnisse regeln soll " (1). M. E. allerdings gibt es gar keine vererblichen Vermögensrechte des öffentlichen Rechts. Die Gehaltsansprüche usw. der Beamten und die auf öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen beruhenden Gemeindenutzungsrechte sind an die Person gebunden. Auch der Anspruch der Witwen und minderjährigen Erben auf Ausübung der Gewerbekonzession durch einen qualifizierten Stellvertreter (Gewerbeordnung § 46) (2) ist nicht allgemein erbrechtlicher Natur, sondern setzt weitere Erfordernisse voraus. Auch von den auf öffentlichem Rechte beruhenden *Vermögens*rechten gilt, was *Jellinek* (3) ausführt: „ Eine nach Analogie privatrechtlicher Succession zu konstruierende Rechtsnachfolge in öffentliche Rechte gibt es nicht, vielmehr entsteht es immer in der Person des jeweilig Berechtigten von neuem, selbst wenn an privatrechtliche Succession öffentlich-rechtliche Wirkungen geknüpft sind ". Vererblich sind nur auf privatem Recht beruhende Rechte, und also ist richtig, dass zu der Erbschaft nur private Vermögensrechte gehören. Aber ebenso richtig ist, dass in anderen Fällen auch öffentlich-rechtliche Vermögensrechte zum rechtlichen Vermögen zählen. So die Gehaltsansprüche zum Vermögen im Sinne der §§ 321, 610 etc. BGB und zum Vermögen im Sinne des Zwangsvollstreckungsrechts, ebenso zum Vermögen als Objekt der Vermögensverwaltung.

(1) *Rechtsstellung des Erben* I 1; cf. Planck *Erbrecht* S. 3.
(2) Cf. Jellinek *System der subjektiven öffentlichen Rechte* 343 f.
(3) *ibid.*

Einer allgemeinen Prüfung bedarf die Frage, ob für die Vermögensbestandteile „ *Wert* " erfordert, ob der Wertcharakter der Sachen usw. Vorbedingung ihrer Vermögenszugehörigkeit ist. In zahlreichen Bestimmungen setzt das Gesetz das Vermögen in Beziehung zum Wert (cf. BGB §§ 738, 739, 1385, 1478, 1502, 1505, 1515, 2303, 2311, 2313, 2381, 1466, 1540, 1515, 1640, 1973, 1992, 2134; HGB §§ 303, 40; CPO §§ 803, 812; KO §§ 117, 123; auch BGB §§ 49, 733, 735, 1087, 2041, 2047, 1475, 2046; HGB §§ 149, 155, 300). Aber es meint hier nur den Teil der Vermögensstücke, die eben Werte sind. Andere Bestimmungen lassen keinen Zweifel, dass zum Vermögen auch Objekte gehören können, die nicht als Werte anzusehen sind. Zur Erbschaft gehören „ Familienpapiere und Familienbilder " § 2373, auch „ Schriftstücke, die sich auf die persönlichen Verhältnisse des Erblassers, auf dessen Familie oder auf den ganzen Nachlass beziehen " § 2047 II (1), Forderungen ohne gegenwärtigen Vermögenswert § 1986 II BGB, CPO § 916 II, KO §§ 154 II, 178. Auch „ nicht verwertbare Vermögenstücke " gehörne nach KO § 162 zur Konkursmasse.

Diese Entscheidung ist auch innerlich begründet. Den Charakter als Sachgut und folgeweise als Vermögensbestandteil bestimmt nicht der Wert oder die „ Verkehrsfähigkeit " (2), sondern in erster Linie die Brauchbarkeit, und die Rechtsordnung hat die Aufgabe, die Vermögensherrschaft des Rechtssubjekts zu schützen.

Das juristische Vermögen setzt sich nicht allein aus Rechten zusammen, es enthält auch Bestandteile, die keine subjektiven Rechte sind. Aber das hindert nicht, die zum Vermögen zählenden Rechte als „ *Vermögensrechte* " auszuzeichnen und in einen Gegensatz zu den übrigen subjektiven Rechten zu stellen (3 4).

---

(1) Cf. Planck § 2047 N. 3: „ Schriftstücke der im Absatz 2 erwähnten Art haben regelmässig keinen selbständigen Vermögenswert. Das Interesse, das die Erben an ihnen haben, ist entweder rein idealer Natur oder es gründet sich, wie namentlich bei dem Testamente des Erblassers, auf die Beweiserheblichkeit der Urkunde ".

(2) So Schuppe *Begriff des subjektiven Rechts* 131.

(3) Cf. den Wortlaut der §§ 435 StPO, 828 CPO.

(4) Der Begriff der Vermögensrechts ist ein freier klassifikatorischer Begriff. Cf. Binder *Vermögensrecht und Gegenstand* 254: „ Personen- und Vermögensrechte

Auf die Bezeichnung „ Vermögensrechte " hat noch eine zweite Gruppe von Rechten Anspruch, die nicht als Vermögensbestandteile anzusehen sind. Es sind die Rechte, ein fremdes Vermögen zu verwalten, und die einzelnen aus der Vermögensverwaltung entspringenden Rechte: wie Kündigungsrechte, Genehmigungsrechte, Vollmachtbenutzungsrechte — alle natürlich nur soweit, als die künftige Rechtswirkung, über die sie Macht geben (1), das Vermögen betrifft, — Rechte einen Erwerb (Erbschaft, Vermächtnis, nicht aber Schenkung, da der Anfall hier nicht unabhängig vom Willen des Erwerbers geschieht) auszuschlagen. Keinen Unterschied macht es, ob die Verwaltungsrechte der Verwaltung des eigenen oder eines fremden Vermögens entspringen (2). Als „ Vermögensrechte " sind drittens auch die Vermögensansprüche zu Gunsten eines Dritten nach den

---

sind keine Realitäten, die in einer Rechtsordnung vorhanden sind oder nicht vorhanden sind, sondern Begriffe, durch die der menschliche Geist die Realitäten des Rechtslebens zu erfassen und zu ordnen sucht ". A.A. Sohm in seinen Abhandlungen: *Gegenstand; Vermögensrecht. Gegenstand. Verfügung; Noch einmal der Gegenstand*, wo er seine Definition des Vermögensrechts als interpretative Definition zu erweisen sucht (cf. *Noch einmal der Gegenstand* 387 f., 393 N. 30). So verdienstvoll auch die Untersuchung Sohm's über den Verfügungsgegenstand ist, so fehlt doch der Nachweis, dass Verfügungsgegenstand und Vermögensgegenstand identisch sind.

Der Begriff des Vermögens*rechts* kann naturgemäss erst bestimmt werden, wenn der Begriff des Vermögens festgestellt ist. In den Darstellungen, die auf den Definitionen der herrschenden Lehre fussen, scheint dieses Verhältnis mitunter umgekehrt zu werden, z. B. bei Sohm *Noch einmal der Gegenstand* 387 f. Es wird dies verständlich, wenn man bedenkt, dass die herrschende Lehre Vermögen und Vermögensrechte als identische Grössen ansieht.

(1) Cf. Zitelmann *Internat. Privatrecht* II 45.

(2) Die Rechte der Vermögensverwaltung sind zum Teil übertragbar und vererblich. Die Vererblichkeit macht keineswegs den Schluss notwendig, dass sie als Vermögensbestandteile anzusehen seien, sie gehen nicht „ im ", sondern „ infolge " des Vermögensübergangs über. (Binder *Rechtsstellung des Erben* I unterscheidet mit Recht den „ Erbschaftserwerb " (§ 1) von den „ Folgen des Erbschaftserwerbs " (§ 2).). Gerechtfertigt ist dies dadurch, dass die in den Massnahmen der Vermögensverwaltung zu Tage tretende besondere Zweckbestimmung des Vermögens auch nach dem Tode des Vermögenseigners fortdauert, so dass der Erbe in die gleiche Rechtslage eintritt, in welcher der Erblasser sich befunden hatte. Dies gilt sowohl von der aktiven Seite der Berechtigungen wie auch von der passiven Seite der Gebundenheiten (vgl. Fortdauer der Prokura nach dem Tode des Geschäftsinhabers § 52 HGB, der Prozessvollmacht § 86 CPO). Cf. dazu Binder *Vermögensrecht und*

Bestimmungen der §§ 525 und 2194 BGB anzusehen (1). Sie gehören nicht zum Vermögen des Anspruchsberechtigten (2).

Den Teil der Rechtsordnung, welcher die Vermögensrechte im subjektiven Sinne behandelt, nennen wir Vermögensrecht im objektiven Sinne. Es ist der Teil der Rechtsordnung, der die Regelung der wirtschaftlichen Beziehungen der Menschen, des Wirtschaftslebens, enthält.

3. Insbesondere: die Schulden.

Die Frage betreffend die Zugehörigkeit der *Schulden* zum Vermögen wird meist in der Lehre vom Erbrecht behandelt. Ausgangspunkt ist hier die Gestaltung der Universalsuccession als Eintritt des Erben uno actu in die Rechte und Pflichten des Erblassers. So bemerkt *Oertmann* (3) gegen Birkmeyer: „ Birkmeyers Annahme... steht auch mit der so streng durchgeführten Schuldenhaftung des Erben in schneidendem Widerspruch: denn mag auch der Erbe, was wir nicht bestreiten wollen, weniger Vermögenssuccessor als Nachfolger der Persönlichkeit seines Erblassers sein, so ist es doch immer die vermögensrechtliche Persönlichkeit, die er vertritt, die andern Rechtsbeziehungen gehen nicht auf ihn über. Es könnte also auch nicht bei den Schulden dem so sein, wenn sie nicht zum Vermögen gerechnet würden! " Aber schon *Schuppe* (4) hat mit Recht betont: „ Weil er

---

Gegenstand 234 ff., bes. 239 A. 80. Dass das Ausschlagungsrecht nicht Vermögensbestandteil ist, trotzdem es nach § 1952 BGB vererblich ist, erweist § 9 KO. (Cf. auch Binder *Rechtsstellung des Erben* I 71.) Der Eintritt des Erben in die Verwaltungslage des Nachlassvermögens dürfte zu der — m. E. abzulehnenden — Lehre, dass der Erbe in die „ Persönlichkeit " des Erblassers succediere, Anlass gegeben haben. Besondere Hervorhebung verdient, dass auch das Antragsrecht des kriminell Verletzten, soweit es sich auf Tatbestände einer Vermögensschädigung gründet, als Vermögensverwaltungsrecht anzusehen ist; als solches ist es mit Frank *Strafgesetzbuch* 112 f. und v. Liszt *Lehrbuch* § 45 als vererblich zu erklären.

(1) Cf. Kohler Archiv für bürgerl. Recht XXI 259 f. — Kohler nennt noch einen dritten Fall von „ Ansprüchen zu Gunsten eines Dritten ": nämlich die Rechte des Testamentsvollstreckers nach §§ 2203, 2208, 2223. Diese Rechte glaube ich zutreffender als Verwaltungsrechte charakterisieren zu müssen.

(2) Cf. Kohler *loc. cit.* 261.

(3) *Volkswirtschaftslehre des c. i. c.* 17 f.

(4) *Begriff des subjektiven Rechts* 133.

(der Erbe) sein gesamtes Vermögen übernimmt, müssen da er die Verpflichtungen mit übernimmt, diese doch zum Vermögen gehören — eine sehr zweifelhafte Deduktion ".

Gegen die Zugehörigkeit der Schulden zum Vermögen wird mehrfach die sprachliche oder logische Unmöglichkeit angeführt, die Schulden als Vermögensbestandteile zu erklären (1). Daran ist richtig, dass die Schulden keinesfalls als Vermögensstücke gleichwertig den Sachen, Rechten usw. genannt werden können (2). Auch das Gesetz bezeichnet die Schulden *niemals* als „ *Vermögensbestandteile* ". Wenn HGB § 39 den Kaufmann „ seine Grundstücke, seine Forderungen und Schulden, den Betrag seines baren Geldes und seine sonstigen Vermögensgegenstände " zu verzeichnen anhält, so legt es ihm zugleich die Verpflichtung auf, „ einen das Verhältnis des Vermögens und der Schulden darstellenden Abschluss zu machen ". Die Schulden sind also auch hier nicht als „ Vermögensgegenstände " anzusehen. (3) Die Schulden können niemals Vermögensbestandteile sein, sie sind eine Belastung des Vermögens. Aber in dem Sinne ist eine „ Zugehörigkeit der Schulden zum Vermögen " möglich, dass unter dem Ausdruck „ Vermögen " die an dem Vermögen haftende Schuldenlast mitgemeint ist. So formuliert *Bekker* (4) die Frage dahin, „ ob der Name Vermögen die am Komplex haftenden Schulden *mitbezeichnen* dürfe ". Er antwortet, es sei eine gewisse Mannigfaltigkeit des modernen Sprachgebrauchs anzuerkennen. „ Sprechen wir von einer „ Verpfändung des Vermögens ", so denken wir allein an die Rechte; bei der „ Vererbung des Vermögens " an die Rechte und Schulden zugleich; endlich wird im gemeinen Leben wohl am häufigsten darunter verstanden der Ueberschuss des Werts der Rechte (Aktiva) über den der Schulden (Passiva) in Geld ausgedrückt und wir werden nichts dawider zu erinnern finden, eine Erbschaftssteuer etwa nach der Höhe des „ Vermögens " in diesem Sinne zu berechnen ".

---

(1) Cf. Binder *Rechtsstellung des Erben* I 7 A. 42, *Gegenstand* 37 ff.; Birkmeyer *Vermögen* 197 ff.

(2) Cf. Schuppe *loc. cit.* 133, 135 f.

(3) Scharfe Gegenüberstellung der Vermögensgegenstände und der Schulden BGB § 2005, HGB § 40 II, 261, auch KO § 239.

(4) *Pandekten* I 140.

Man kann nicht sagen, dass unter dem Ausdruck „ Vermögen " die Schuldenlast mitgedacht sein *müsse*. Dies schon deshalb nicht, weil die Schuldverpflichtung in erster Linie nicht das Vermögen, sondern die Person des Schuldners verhaftet; cf. BGB §§ 419, 1086—1088, 1480, 1504, 2060, 2061, 2382. Wo es sich um Uebergang eines Vermögens handelt, ist es gewiss als eine Forderung der Gerechtigkeit anzusehen, dass der Schuldner sein Vermögen dem Gläubiger, der mit Rücksicht auf die Vermögenshaftung kreditiert, nicht entziehen darf (1) und dass der Uebernehmer eines Vermögens wenigstens cum viribus desselben hafte (2). Jedoch ist in allen Fällen festzuhalten: „ dass der Uebernehmer für die Schulden haftet, ist keine Folge des Vermögensbegriffs, sondern eine vom positiven Rechte an die Vermögensübertragung aus wirtschaftlichen Gründen geknüpfte Folgeerscheinung " (3).

Die Schulden werden unter dem Ausdruck Vermögen selbstverständlich *nicht* mitbezeichnet, wo sie ausdrücklich dem Vermögen gegenübergestellt werden. So im Recht der Zwangsvollstreckung, des Konkurses und der Vermögensbeschlagnahme, in den Bestimmungen, in denen vom Rechte des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Vermögen gesprochen wird, weiter in den Fällen der Vermögensliquidation und der „ Berichtigung von Verbindlichkeiten aus dem Vermögen ".

Die Schulden sind weiter nicht mitbezeichnet, wenn es sich um den *Uebergang* eines Vermögens handelt, gleich ob der Uebergang im Wege der Einzelrechts - oder der Gesamtrechtsnachfolge stattfindet. Im Falle des BGB § 82 können sinngemäss nur Aktiva in Frage kommen (4). In den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge nehme ich nicht an, dass unter dem „ Vermögens " - Uebergang die Nachfolge auch in die Schulden verstanden werden müsse. Wenn § 304 HGB bestimmt, dass der Uebergang „ einschliesslich der Schulden " erfolge, so ist hier zweifellos nur die in der Wissenschaft gebräuchliche Bestimmung des Begriffs der Universalsuccession für die Redaktion des

(1) Actio Pauliana, Anfechtung, Bestrafung des Bankrotteurs.
(2) BGB §§ 419, 1086—1088, 1480, 1504, 2060, 2061, 2382.
(3) Binder *Rechtsstellung des Erben* I 15.
(4) Cf. Binder *loc. cit.* I 15.

Paragraphen massgebend gewesen. Betreffs der Erbfolge schliesse ich mich der Meinung *Binder's* an, dass der Uebergang der Schulden zu den *Folgen* des Erbschaftserwerbs gehört (1). Das Gesetz (§ 1967 I mit § 1922) steht dieser Lehre mindestens nicht entgegen.

In den übrigen Fällen der Gesamtrechtsnachfolge verbietet sich die Einbeziehung der Schuldenlast in das übergehende Vermögen schon deswegen, weil die Frage der Schuldenhaftung in den einzelnen Fällen speciell geregelt ist (2). Auch in den Fällen der Uebertragung eines Vermögens im Wege der Einzelrechtsnachfolge ist der Schuldenübergang besonders und anders geregelt (BGB §§ 419, 1085, 2382, HGB § 161) (3).

Die Schuldenlast ist unter dem Ausdruck „ Vermögen " miteinbegriffen zunächst in den Fällen, wo eine Vermögensverwaltung in Frage kommt. *Binder* (4) meint zwar dagegen: Das Gesellschaftsvermögen „ soll „ erhalten und verwaltet " werden, was doch nur bei Aktiven möglich ist "; aber eine Vermögensverwaltung, die auf den Schuldbestand nicht einwirkt, ist unmöglich. *Binder* (5) führt selber weiterhin aus: „ Freilich umfasst die Sorge für das Vermögen des Kindes auch die Einziehung und Tilgung von Verbindlichkeiten, aber doch nur deshalb, weil solche das Vermögen belasten, nicht aber weil sie zum Vermögen gehören ". Als Bestandteile können die Schulden niemals zum Vermögen gehören, es kann sich nur darum

---

(1) *Rechtsstellung des Erben* I § 2, *Gegenstand* 38 ff. — Dass der Begriff der Universalsuccession den Eintritt in Aktiva *und* Passiva erfordert, ist zweifellos. Aber dies zwingt nicht dazu, die „ Erbschaft " als „ Inbegriff der Aktiva und Passiva " anzusehen. Wo dies geschehen ist, ist der Doppelsinn des Wortes hereditas — Erbschaft und Erbenstellung —, wie von *Binder* mit Recht festgestellt worden ist, die Veranlassung dazu gewesen: cf. Binder *Gegenstand* 38 ff., *Vermögensrecht und Gegenstand* 237 A. 78; 239 A. 80. — Sohm *Noch einmal des Gegenstand* 375 A. 7. unterscheidet vom Vermögen das „ Vermögen als Ganzes ": „ es schliesst nicht bloss die Vermögensrechte, sondern auch die Besitzlage, die Ersitzungslage, vor allem auch die Passiva des Erblassers, überhaupt alle den Tod überdauernden Rechtsverhältnisse in sich, die vermögensrechtlich erheblich sind ". Sohm definiert hier die Erbenstellung, nicht die Erbschaft.

(2) Cf. dazu Sohm *Gegenstand* 40 A. 8.

(3) abgesehen von den die Sache direkt verhaftenden Verbindlichkeiten.

(4) I 16.

(5) I 19.

handeln, ob unter dem Namen „ Vermögen " der auf demselben lastende Schuldbestand mitgedacht und *mitbezeichnet* ist. Logisch unmöglich ist dies m. E. nicht; wo es sich um die Verwaltung eines Vermögens handelt, scheint mir als Objekt der Verwaltung nur das „ Vermögen in Verbindung mit der Schuldenlast " angesehen werden zu können. Ebenso ist bei der Nachlassverwaltung zu entscheiden (1).

Bezüglich des Vermögensinventars ist zu sagen, dass je nach dem Zwecke der Inventarerrichtung die Schulden in die Aufstellung aufzunehmen sind oder nicht. Sie sind nicht aufzunehmen in den Fällen der §§ BGB 1372 (2), 1493 (3), 1528 (4), 1549, 1640 (5), 1669 (6), 1802 (7), 2121 (8), 2314 (9), CPO 807, KO 104, 123, dagegen aufzuführen in den Fällen der §§ BGB 2001 (10), 2005 (11), 2215, HGB 39, 40, 261.

Eine Einbeziehung der Schuldenlast ist weiterhin auch immer dann notwendig, wenn unter „ Vermögen " die wirtschaftliche Position des Vermögenssubjekts zu verstehen ist, cf. §§ BGB 239, 1298, 1360; meist spricht in solchen Fällen das Gesetz von „ *Vermögensverhältnissen* " (§§ BGB 321, 610, 775, 1334, 1361, 1579, 1624, 2050, CPO 118, 324, Haftpflichtgesetz 7, StPO 116, StGB 188; — vornehmlich an Vermögensverhältnisse ist auch zu denken in den Fällen der §§ BGB 829 und 2155), „ Vermögenslage " (§§ BGB 1779, 1981, 2128, HGB 140), „ Vermögensstand " oder „ Vermögenszustand " (§§ BGB 716, HGB 260, 314, KO 239, 240).

Unter Vermögen kann endlich auch das *Reinvermögen* verstanden

---

(1) A. A. Binder I 11 f.
(2) Cf. Planck § 1372 N. 2.
(3) Cf. Planck § 1493 N. 2 b.
(4) Cf. Planck § 1528 N. 2.
(5) Cf. Planck § 1640 N. 5; Binder *loc. cit.* I 19 u. A. 98.
(6) Cf. Planck § 1669 N. 2 b.
(7) Cf. Planck § 1802 N. 4; Binder *loc. cit.* I 19.
(8) Cf. Planck § 2121 N. 1.
(9) Cf. Planck § 2314 N. 2.
(10) Binder *loc. cit.* I 12 A. 63 meint betreffend § 2001: „... ist die Forderung Nachlass = Aktiva + Passiva nicht zwingend, weil eben nur vom Nachlassinventar und nicht vom Nachlass selbst die Rede ist ". Diese Ausführung wirkt kaum überzeugend.
(11) Cf. Planck § 2005 N. 2 b.

sein. Diese Auffassung ist im Rechte des Pflichtteilsanspruchs als massgebend anzunehmen. Der Wert des gesetzlichen Erbteils (§ 2303), der Wert des Nachlasses (§§ 2311, 2313, 2314) ist zu bestimmen durch den Wert der Nachlassgegenstände vermindert um den Wert der Verbindlichkeiten (1). Dagegen ist nicht immer, wo vom „ Wert eines Vermögens " gesprochen wird, an das Reinvermögen zu denken; cf. §§ 738, 739 BGB.

Es darf schliesslich bemerkt werden, dass der Streit über die Vermögenszugehörigkeit der Schulden mehr terminologischer als prinzipieller Natur und für die Praxis ziemlich bedeutungslos ist, vor allem mit Rücksicht auf die ausdrückliche Bestimmung des § 1967 BGB.

4. Der Umfang des Vermögens.

Der Umkreis der Objekte, welche im Einzelfall der rechtlichen Betrachtung zu dem Vermögensinbegriff sich zusammenschliessen, ist nicht überall gleich, und so muss für jeden Einzelfall noch ausdrücklich festgestellt werden, welche von den vorher genannten möglichen Vermögensbestandteilen als Bestandteile des hier in Betracht kommenden Vermögens aufzuführen sind und welche nicht (2).

Betreffs der Fälle, in welchen das Gesetz den Umfang eines Vermögens ausdrücklich feststellt — in Betracht kommt nur das „ unbewegliche Vermögen ": BGB § 1551, CPO §§ 864, 865 — ist eine besondere Erörterung nicht notwendig. Regelmässig aber ist der

---

(1) Cf. Planck § 2303 N. 5: „ Bei der Wertberechnung ist der Reinwert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalles zu Grunde zu legen, mithin der Betrag der Nachlassverbindlichkeiten in Abzug zu bringen ".

(2) Verschiedentlich finde ich die Meinung vertreten, dass ein Objekt, um Vermögensbestandteil zu sein, in verschiedenen bezw. den wichtigeren Erscheinungsfällen (Uebertragbarkeit, Vererblichkeit, Pfändbarkeit) zum Vermögen gehören müsse. So Bekker *Pand.* I § 41 Beil. II S. 140 f., Sohm in *Systematische Rechtswissenschaft* 19 f, auch Binder *Rechtsstellung des Erben* I 25: „ So grosse Schwierigkeiten die Anerkennung des Satzes, dass das Autorrecht dem Urheber nicht wider seinen Willen entzogen werden kann, der Konstruktion des Autorrechts als Vermögensrecht macht... " Nach meiner Meinung ist als Vermögensobjekt alles anzusehen, was irgendwo einmal als Bestandteil eines Vermögens in Betracht kommt. Aber es ist für jeden einzelnen Erscheinungsfall der Umkreis der in diesem Fall als Vermögensbestandteile aufscheinenden Stücke besonders zu bestimmen.

Umfang des Vermögens nur indirekt zu bestimmen, dadurch dass in dem jeweils vorliegenden Falle aus allgemeinen Gründen oder kraft ausdrücklicher rechtlicher Bestimmung bestimmte Vermögensstücke aus dem Vermögensinbegriff ausgeschlossen sind (1).

I. Kraft *ausdrücklicher rechtlicher* Bestimmung sind in bestimmten Fällen *nicht* zum Vermögen gehörig:

1. „ *Unübertragbare Rechte* " sind vom Vermögen ausgeschlossen, wenn eine rechtsgeschäftliche Vermögensübertragung in Frage steht. Unübertragbare Rechte sind: Niessbrauch und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, BGB §§ 1059, 1092; die Rechte des Mannes am Frauengut und des elterlichen Gewalthabers am Kindesgut BGB §§ 1408, 1427 II, 1658; die Ansprüche auf Ersatz des Nichtvermögensschadens BGB §§ 847, 1300; die Ansprüche auf Ausstattung BGB § 1623; Forderungen, deren Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist, BGB § 399 (2); unpfändbare Forderungen BGB § 400.

Regelmässig nicht übertragbare Rechte — der Parteiwille kann die Uebertragbarkeit schaffen — sind: die Ansprüche auf Dienstleistungen BGB § 613, auch §§ 1356 II, 1616; das Vorkaufsrecht nach BGB § 514 — dagegen § 1094; die Vereinsmitgliedschaft BGB §§ 38, 40 und Gesellschaftsmitgliedschaft BGB § 719, HGB §§ 131, 161 II mit 131.

Auch die Bestimmung des § 2373 (Familienpapiere und Familienbilder sind im Zweifel nicht als mitverkauft anzusehen), dürfte in allen Fällen einer Vermögensübertragung analoge Anwendung finden können.

2. Zum Nachlassvermögen gehören nicht die *unvererblichen* Rechte. Als solche sind zu nennen: die öffentlich-rechtlichen Vermögens-

---

(1) Cf. Binder *Gegenstand* 24 f. — Insbesondere: BGB § 1922 sagt, dass das Vermögen vererbt wird, aber nicht was zum Vermögen gehört. Richtig Binder *Rechtsstellung des Erben* I 7: „ Erbschaft ist das Vermögen, soweit seine einzelnen Bestandteile... auf den Erben übergehen können ".

(2) § 399 BGB erklärt eine Forderung auch dann für unübertragbar, „ wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann. " Es handelt sich hier um ihrer Natur nach unübertragbare Forderungen, die unter II zu besprechen sein werden.

rechte (1); Niessbrauch und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten BGB §§ 1061, 1090 II; das Widerrufsrecht des Schenkers nach BGB §§ 530 II und 1584; die Ansprüche auf Ersatz des Nichtvermögensschadens BGB §§ 847, 1300; das Uebernahmerecht nach BGB § 1502; die Unterhaltsansprüche BGB §§ 1615 und 1713.

Regelmässig unvererblich sind: der Anspruch auf die Leibrente § 759 BGB; das zeitlich unbeschränkte Vorkaufsrecht nach § 514 BGB; die Vereinsmitgliedschaft BGB §§ 32, 40 und die Gesellschaftsmitgliedschaft BGB § 727, HGB § 131 Z. 4.

3. Betreffs der „ Rechte an fremdem Vermögen " ist darauf zu verweisen, dass bestimmte Vermögensstücke notwendig dem Rechte entzogen sind. In Betracht kommen für die Verwaltungsgemeinschaft BGB §§ 1366, 1367 — „ nicht übertragbare Rechte " gehören zum „ eingebrachten Gut " — (2), für die allgemeine Gütergemeinschaft § 1439, für die Errungenschaftsgemeinschaft §§ 1520–1522, für die Fahrnisgemeinschaft §§ 1551, 1552, für das Kindesvermögen §§ 1650, 1651 Z. 1.

4. Von dem der Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögen sind ausgeschlossen zunächst alle die Vermögensstücke, welche nicht zum unbeweglichen Vermögen nach CPO §§ 864, 865 gehören noch „ körperliche Sachen " — CPO §§ 808 ff. —, „ Forderungen und andere Vermögensrechte " — CPO §§ 828 ff. — sind. Aber bezüglich dieser Objekte werden noch weitere Einschränkungen gemacht in den §§ 811, 812, 850—852, 857 III, 860—863.

5. Zu dem von dem Konkursverfahren umfassten Vermögen gehören alle die Vermögensstücke nicht, welche nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen (KO § 1 I) und nicht gepfändet werden sollen (KO § 1 IV). Aber es treten noch bestimmte andere Stücke hinzu: die durch CPO § 811 Z. 4 u. 9 befreiten Gegenstände (KO § 1 II), die Geschäftsbücher (KO § 1 III), ferner das Geschäft des Gemeinschuldners (KO §§ 117, 134) (3).

---

(1) Cf. S. 121 dieser Arbeit.

(2) Cf. Planck § 1363 N. 4.

(3) Zu dem der Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögen gehört das „ Geschäft " nicht, weil es keine Pfändung zulässt. Cf. E 70 S. 226.

6. Besondere Beschränkungen sind zu erwähnen für das Vermögen, das als Objekt einer *Schenkung* in Betracht kommt (BGB § 516). Zunächst liegt nach § 517 eine Schenkung nicht vor, „ wenn Jemand zum Vorteil eines Anderen einen Vermögenserwerb unterlässt oder auf ein angefallenes, nocht nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt ". Gewöhnlich wird diese Bestimmung daraus erklärt, dass es an einer Vermögensverminderung fehle (1). Nach meiner Meinung fehlt es in diesen Fällen nicht an einer Vermögensverminderung auf Seiten des Leistenden, sondern an der Ueberführung aus dem Vermögen des Leistenden in das Vermögen des Begünstigten, indem der Erwerb von dem Willen des Leistenden direkt nicht abhängig ist. Will sagen: entweder ist ein Tätigwerden des Begünstigten erfordert oder der Erwerb geschieht durch die freie Handlung eines Dritten oder endlich er geschieht auf Grund des Gesetzes, dessen zwingende Bestimmungen der Leistende benutzt, ohne dass eine Einwirkung auf das Recht selbst eintritt (2). Letzteres im Falle der Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses. Anders ist es, wenn der Leistende einen rechtsgültigen Anspruch hatte: das Recht auf den Pflichtteil kann verschenkt werden (3). Eine zweite Beschränkung ergibt sich daraus, dass ein Schenkungsvertrag nicht vorliegt, wo der Tatbestand eines speziellen unentgeltlichen Leistungsvertrages erfüllt ist. Schenkung ist danach nicht die unentgeltliche Ueberlassung des Nutzungsrechts an einer beweglichen Sache — hier liegt vielmehr Leihe vor (4), — weiter nicht die unentgeltliche Arbeits- und Dienstleistung, die

---

(1) Planck § 517 N. 1, Oertmann § 516 N. 3 und § 517 N. 1, auch Crome *System* II 506.

(2) Solche Einwirkung liegt vor, wenn dem Begünstigten auf Grund der §§ 941 ff. BGB Eigentum verschafft wird, wenn der Leistende Unterbrechung der Verjährung oder Protesterhebung unterlässt oder wenn er eine Urkunde vernichtet, ohne die ein Recht nicht geltend gemacht werden kann. Cf. Planck § 516 N. 2.

(3) Cf. Planck § 517 N 1, Oertmann N. 1 b.

(4) Cf. Crome *System* II 503, 506, Planck § 516 N. 2, Oertmann § 516 N. 3 und § 517 N. 3. — Sie nehmen Schenkung an, wenn gleichzeitig in dem Verzicht auf die regelmässig zu erwartenden Entgeltleistungen eine Vermögensaufopferung zu erblicken sei. Dies erscheint mir fraglich.

unter die Regeln über die unentgeltliche Geschäftsführung fällt (1).

II. Schwieriger ist die Abgrenzung der aus allgemeinen Gründen in bestimmten Fällen aus der Vermögenssumme auszuscheidenden Objekte.

1. Von der Persönlichkeit des Vermögenssubjekts unlösbar ist die auf die Person bezw. deren wirtschaftliche Leistungskraft gegründete Erwerbsanwartschaft. Sie ist also in allen Fällen aus der Vermögenssumme auszuscheiden, wo eine Uebertragung des Vermögens in irgend welcher Form in Frage kommt. Dies kann einem Zweifel nicht wohl unterliegen. Aber ist es überhaupt zulässig, die wirtschaftliche Leistungskraft einer Person als Bestandteil des juristischen Vermögens aufzuführen? *Planck* erklärt: „ Die *Arbeitskraft* bildet keinen Bestandteil des Vermögens, aber durch ihre Verwendung kann das Vermögen erworben werden " (2). Aber er nennt selbst Fälle, wo er ausdrücklich die Arbeitskraft als zum Vermögen gehörend ansieht. So sagt er bezüglich § 239 BGB: „ Als Vermögen kommen auch die regelmässigen Einnahmen aus der Berufstätigkeit, z. B. das Gehalt eines Beamten mit in Betracht " (3), und bezüglich § 1805: „ Der Vormund soll sein Vermögen und das des Mündels getrennt halten. Jedenfalls darf er Mündelvermögen nicht in seinem Nutzen, d. h. für seine eigennützigen Zwecke verwenden... Die Verwendung in eigenem Nutzen ist ihm bezüglich des gesamten Mündelvermögens untersagt, nicht blos bezüglich des Mündelgeldes; auch der blosse Gebrauch von Mündelsachen ist verboten und die Arbeitskraft des Mündels, welche dieser für sich gegen Entgelt verwerten könnte, darf der Vormund gleichfalls nicht

---

(5 auf der Seite 132.) Unentgeltliche Ueberlassung der Nutzung einer unbeweglichen Sache ist dagegen m. E. immer Schenkung. Cf. Oertmann § 516 N. 3 und § 517 N. 3, der aber die Möglichkeit des Ausschlusses des Schenkungstatbestandes zugibt.

(1) Cf. Crome *System* II 506, Planck § 516 N. 2; Oertmann § 516 N. 3, § 517 N. 3 will Schenkung zulassen, wegen Entäusserung des vorhandenen Vermögensguts der Arbeitskraft. Aber zweifelhaft in „ Ergänzungen " S. 1005 f., „ da die Arbeitskraft nicht zum Vermögen gehört ".

(2) § 324 N. 2. Cf. auch Oertmann *Recht der Schuldverhältnisse* S. 1005 f.

(3) § 239 N. 1 a.

unentgeltlich für sich in Anspruch nehmen " (1). Zu erwähnen ist auch, dass nach § 1822 Z. 6 und 7 der Abschluss eines Lehrvertrages sowie eines auf die Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gerichteten Vertrages zu der vormundschaftlichen Vermögensverwaltung gehört. Danach scheint es mir wohl berechtigt, die Arbeitskraft als Bestandteil des Vermögens aufzuführen. Aber sie ist ein unlösbarer Bestandteil des Vermögens und kommt deshalb nur in Betracht, wo es sich um die Vermögensmacht im Besitze des Vermögenssubjekts handelt (2). Sie ist insbesondere unpfändbar — nach § 888 II CPO kann der Dienstverpflichtete weder direkt noch indirekt zur Leistung der Dienste gezwungen werden, zur Vornahme anderer Leistungen, die ausschliesslich von seinem Willen abhängen, kann er nach § 888 I nur indirekt angehalten werden (3) — und ebenso sind unpfändbar die Urheberrechte (4) und die Sachen, welche das Geistesprodukt vergegenständlichen (Manuskripte, Niederschriften von Fabrikationsrezepten usw.) (5).

Als Vermögensbestandteil ist die Arbeitskraft nur möglich im allgemeinen Vermögen einer einzelnen oder mehrerer Privatpersonen, nicht auch im Sondervermögen einer Mehrheit von Personen oder im Vermögen einer juristischen Person.

In manchen Fällen — BGB §§ 1298, 1360, 1361, 1427, 1578, 1579, 1585, 1602, auch 1651 — unterscheidet das Gesetz das Vermögen

---

(1) N. zu § 1805.

(2) Zu erwähnen ist hier die Bestimmung des § 310 BGB. Das „ künftige Vermögen " ist zu einem Hauptteile das Resultat der Erwerbstätigkeit, und speziell diese soll nicht dem Vermögenssubjekt entzogen werden können.

(3) Das Reichsgericht hat den Tatbestand eines nach § 826 zum Schadenersatz verpflichtenden Verhaltens abgelehnt in einem Falle, wo ein überschuldeter Ehemann sein Geschäft aufgab und in dem Geschäfte seiner Frau unentgeltliche Dienste leistete. Zwar entziehe er den Gläubigern den Ertrag seiner wirtschaftlichen Arbeit, aber diese könnten nicht verlangen, dass er sich in einer Weise wirtschaftlich betätige, die es ihnen ermöglichte, auf die Erträgnisse ihre Hand zu legen. (Mitgeteilt Köln. Volkszeitung Nr. 120 vom 9. II. 08).

(4) Cf. Gesetz betr. Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst § 10, Kunstschutzgesetz § 14.

(5) Cf. Urheberrechtsgesetz § 10; betr. Fabrikationsrezepte cf. Entscheidung des OLG Cöln vom II. X. 06, mitgeteilt im Rhein. Archiv für Civil- und Strafrecht 1907 S. 8 ff.

von der Erwerbstätigkeit. Vermögen hat dann den engeren Sinn von „ Gütervermögen als Erwerbsquelle ". Deshalb aber leugnen zu wollen, dass in anderen Fällen die Arbeitskraft als vollwertiger Vermögensgegenstand erscheint, liegt um so weniger Anlass vor, als das Gesetz in einigen dieser Bestimmungen — §§ 1427, 1585 und 1651 — auch das Erwerbsgeschäft in Gegensatz zum Vermögen stellt, bezüglich dessen Vermögenszugehörigkeit ein Zweifel unmöglich ist.

2. Ihrer Natur nach unübertragbar bezw. unvererblich ist eine Forderung, „ wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann ", § 399 BGB. Die Anwendung dieses Grundsatzes ist besonders auch für die Ansprüche aus einem Dienstverhältnis erfordert, cf. *Planck*: „ Der Anspruch auf die Dienste ist nicht für unvererblich erklärt; es kann sich aber aus der Natur der Dienstleistung, z. B. wenn es sich um Pflege eines Kranken handelt, ergeben, dass die Leistung durch den Tod des Dienstherrn unmöglich wird " (1).

3. Wo eine Vermögensübertragung kraft rechtlicher Bestimmung eintritt, können nur die Objekte übergehen, welche ihrer Natur nach einer Uebertragung durch den Rechtswillen fähig sind. Das sind ausschliesslich die rechtlichen Beziehungen. Dagegen können durch die rechtliche Bestimmung allein niemals tatsächliche Beziehungen übertragen werden. Vielmehr ist hierfür irgend welches Tätigwerden erfordert. Die Kenntnis einer Fundstelle kann veräussert werden, indem der Wissende sie einem Andern gegen Entgelt mitteilt, aber sie kann nicht vererbt werden, weil jener sie durch besondere Handlung dem Erben mitteilen muss. Geschieht dies aber durch eine Niederschrift, so erbt der Erbe eben diese Sache. Von besonderer Wichtigkeit ist diese Unterscheidung für den *Besitz*. Die Tatsache des Besitzes kann nicht vererbt werden, sie kann ausschliesslich durch eine Besitzerwerbshandlung des Erben hergestellt werden (2).

---

(1) § 613 N. 2.

(2) Ich entscheide dafür, dass der „ tatsächliche " Besitz nur originär erworben werden kann.

Nur Rechtsbeziehungen kann der Rechtswille schaffen und übertragen, nach § 857 BGB kann dem Erben nur die Rechtsstellung eines Besitzers, das Recht des Besitzes vermittelt werden (1).

Die *Gesamtrechtsnachfolge* ist die durch den Rechtswillen durchgeführte Uebertragung der gesamten rechtlichen Herrschaftsbeziehungen. Betrifft der Erbgang nur rechtliche Beziehungen, so liegt es nahe, das Objekt des Erbganges, das Nachlassvermögen, als Inbegriff dieser rechtlichen Beziehungen zu definieren. Aber es darf doch nicht vergessen werden, dass die „ Rechte " nur für die *Form des Uebergangs* bestimmend sind, dass hingegen das der Herrschaft des Erben unterworfene Objekt in Wahrheit nur die Rechtsobjekte, die Vermögensgegenstände sind. Und deshalb liegt auch keine Veranlassung vor, die bisher vertretene Auffassung vom rechtlichen Vermögen aufzugeben. Auch für den Erbgang ist das Vermögen der Inbegriff der Sachen, Erwerbserwartungen und Sicherungsgarantien, was sich klar erweist, sobald der Erbe die Verwaltung und Nutzung des Nachlasses antritt.

III. Der Umkreis der Vermögensobjekte kann auch durch rein technische Erwägungen eine besondere Begrenzung erfahren: bewegliches und unbewegliches Vermögen, inländisches und ausländisches Vermögen, Stamm-, Kapital , Grundvermögen, das Vermögen als Summe der Werte repräsentierenden Vermögensstücke.

5. Die Einheit des Vermögens.

a. Das Vermögen als Inbegriff.

Wenn einem Dinge der Charakter als „ *Einheit* " zugesprochen werden soll, so ist zuvörderst zu bestimmen, *in welchem Sinne* „ Einheit " vorhanden sein soll, weil nämlich „ der Begriff aus sich

(1) Die Bestimmung des § 857 BGB ist singulärer Natur : es verbietet sich deshalb die Uebertragung derselben auf die übrigen Fälle des Gesamtrechtsnachfolge. M. E. aber ist es nicht richtig, wenn Sohm *Gegenstand* 42 die Ausscheidung der Erbfolge aus den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge u. a. auf die „ Nachfolge in den Besitz " gründet.

allein keine Aufklärung gewährt, man sich vielmehr sogleich klar machen muss, in welchem Sinne eine Einheit behauptet wird, welche von den mehreren möglichen Arten von Einheit gemeint sein kann " ([1] [2]).

Das Vermögen ist festgestellt worden als der Inbegriff der rechtlich anerkannten Bestandteile der wirtschaftlichen Macht. Wie jeder Inbegriff ist das Vermögen eine Einheit als gedankenmässige Zusammenfassung zu einer einheitlichen Vorstellung, im besonderen ist es eine *wirtschaftliche Zweckeinheit* ([3]). Das Charakteristikum derselben ist die *Identität* der Zweckeinheit bei dem Wechsel der einzelnen Bestandteile, solange nur die Zweckbestimmung die gleiche bleibt.

Die Inbegriffe werden als besondere Gegenstände gegenüber den einzelnen zu dem Inbegriff gehörenden selbständigen Objekten von der Rechtsordnung anerkannt, indem für sie besondere, von der Behandlung der Einzelgegenstände abweichende Regeln aufgestellt sind. BGB § 92 II nennt als verbrauchbar auch „ bewegliche Sachen, die zu einem Warenlager oder zu einem sonstigen Sachinbegriff gehören, dessen bestimmungsgemässer Gebrauch in der Veräusserung der einzelnen Sachen besteht ". Ein rechtlich anerkannter Inbegriff liegt vor im landwirtschaftlichen Inventar, cf. BGB §§ 98, 586—594, 1045, 1055 II, 1378, 1515, 1525, 1663, 2049, 2130, 2312, und im Erwerbsgeschäft, cf. BGB §§ 112, 1367, 1405, 1414, 1452,

---

(1) Schuppe *Begriff des subjektiven Rechts* 320, auch 286, 321 ; cf. Jellinek *System* 21 ff.

(2) Die Ausführungen *Birkmeyers* über die Einheitsnatur des Vermögens leiden vornehmlich an dem Mangel der Klarheit darüber, ob und in welch verschiedenem Sinne die Einheit des Vermögens festzustellen sei. Den gleichen Mangel finde ich bei Endemann A. 14 zu I 229. Er stellt ohne weitere Erklärung die Sätze nebeneinander: „ Die Einheit des Vermögens besteht lediglich in der Verbindung aller Rechtsbeziehungen mit einem bestimmten Vermögenssubjekt ". Das Gesellschaftsvermögen „ wird als selbständiges Vermögen behandelt, obwohl ihm ein einheitliches Subjekt fehlt ". Für dingliche Uebertragungen unter Lebenden bildet das Vermögen nicht eine Einheit, sondern „ eine Summe einzelner Sachen und Rechte ". Die Vermögenseinheit ist der „ Fortbestand desselben Vermögens trotz des Wechsels der Vermögensbestandteile ".

(3) Cf. Jellinek *System* 24.

1462, 1533, 1537, 1651, 1655, 1848, HGB §§ 22, 25, 27 (1).

Auch das Vermögen wird vom Gesetze in seiner Bedeutung als wirtschaftliche Zweckeinheit gewürdigt und berücksichtigt. Zeugnis dafür sind die Bestimmungen über die Vermögensverwaltung und Vermögensnutzung (2), die Anerkennung von Vermögensverwendungen im Gegensatz zu Sachverwendungen (3), die Zuweisung besonderer Schulden an bestimmte Vermögensmassen (4), die Anerkennung des Reinertrags eines Vermögens (BGB §§ 1389, 2038, 2338), die Verbindung der Nutzung des Vermögens mit der Verpflichtung, die Kosten der Verwaltung und die Zinsen der Stammschulden zu bestreiten (cf. BGB §§ 1088, 1384—1387, 1430, 1529, 1534, 1652, 1654, 1656, 2124, 2126, 2379, 2380) (5), endlich vor allem die Bestimmungen zur Erhaltung des Bestandes des Sondervermögens durch obligationsrechtliche Ausgleichungspflicht und durch dinglich wirkende Surrogation oder Bewidmung (6).

b. Das Vermögen als Rechtsobjekt.

Als Inbegriff ist das Vermögen eine natürliche Einheit, und diese ist selbstverständlich auch in allen Fällen vorhanden, wo das Vermögen im Rechtsleben auftritt. Die Einheit des Vermögens in diesem Sinne ist wohl auch niemals bestritten worden. Der Streit betreffs der Einheitsnatur des Vermögens dreht sich vielmehr um die Frage, ob

---

(1) Die besonders wichtige Bestimmung des § 1655 (cf. Gierke *Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe* 122) ist für den Niessbrauch und das ehemännliche Nutzniessungsrecht an einem Erwerbsgeschäft analog anzuwenden; cf. Planck *Sachenrecht* S. 461, § 1035 N. 1 und § 1376 N. 8.

(2) Kohler *Vermögen* 6 ff.

(3) Cf. Kohler *Vermögen* 19 f. und *Lehrbuch* I 480.

(4) Cf. Kohler *Vermögen* 17 und *Lehrbuch* I 480.

(5) Hieran ist wohl zu denken, wenn Kohler *Lehrbuch* I 480 im „mittelbaren Einkommensprinzip" eine Aeusserung der Einheitsnatur des Vermögens findet.

(6) Kohler erwähnt nur Surrogation und Bewidmung als Erscheinungsfälle des aus der Einheit des Vermögens entspringenden „Ersatzprinzips" (*Lehrbuch* I 479 f., *Vermögen* 8—16). Aber die Fälle der obligatorischen Ausgleichungsverpflichtung sind zwar in der rechtlichen Form anders geartet, aber in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung stehen sie jenen vollständig gleich; auch sie bringen die wirtschaftliche Zweckeinheit des Vermögens zum Ausdruck.

das Vermögen auch eine *rechtliche Einheit* sei (1). Der Ausdruck „ rechtliche Einheit " erfordert zunächst eine nähere Bestimmung, nach welcher Richtung für das Vermögen eine rechtliche Einheit in Betracht kommen kann. Das Vermögen gehört als ein dem Wirtschaftsleben angehöriger Tatbestand zu den Objekten der rechtlichen Regelung. Als rechtliche Einheit ist es also dann anzusehen, wenn es als einheitlicher Gegenstand rechtlicher Beziehungen anerkannt wird. Damit wird die Frage nach der rechtlichen Einheitsnatur des Vermögens zu der Frage, ob das Vermögen „ *Rechtsobjekt* " ist, denn „ Rechtsobjekt sein heisst Gegenstand einheitlicher Rechte und damit rechtlicher Schicksale sein " (2).

Schon gegen diese Fragestellung ist ein Einwand zu besorgen. Das Vermögen ist ein Inbegriff selbständiger Gegenstände, kann ein Inbegriff überhaupt „ Rechtsobjekt " sein? Vielfach wird die Anschauung vertreten, dass nur die Sachen Rechtsobjekte seien, niemals aber Inbegriffe von Sachen (3). Aber dies ist nur unter der Voraussetzung richtig, dass als Rechtsobjekte nur die Eigentums- und Besitzobjekte verstanden werden. Eigentums- und Besitzobjekte können zweifellos nur Sachen sein, nicht Inbegriffe von Sachen, nicht das Vermögen (4). Aber es ist nicht richtig, dass Rechtsobjekt mit Eigentums- und Besitzobjekt identisch sei (5). Es gibt keine Rechtsobjekte schlechthin, sondern nur Objekte bestimmter subjektiver Rechte. Und wenn von Rechtsobjekt die Rede ist, ist stets hinzuzufügen oder hinzuzudenken, welchen subjektiven Rechts Objekt das in Frage stehende Ding ist. Ein Inbegriff von Sachen z. B. ist als Rechtsobjekt zu charakterisieren, wenn er Gegenstand eines Niessbrauchs (BGB § 1035) ist. Und so kann auch das Vermögen Rechtsobjekt sein, wenn es als Gegenstand eines einheitlichen Rechts und rechtlichen Schicksals erscheint.

---

(1) Die Unklarheit der Ausführungen über die Einheitsnatur des Vermögens in der Doktrin beruht zum grössten Teile darauf, dass die natürliche und die rechtliche Einheit des Vermögens nicht scharf genug unterschieden werden.

(2) Zitelmann *Int. Privatrecht* II 21.

(3) So z. B. bei Kohler *Lehrbuch* I 452 f.

(4) Birkmeyer *Vermögen* 313 ff. will das subjektive Vermögen als Eigentum, dominium, charakterisieren. M. E. sollte man diese Bezeichnung vermeiden.

(5) Cf. v. Petrazycki *Einkommen* I 107 f., II 433.

Wann liegt ein einheitliches Recht am Vermögen vor? Die Frage ist deshalb notwendig, weil nicht jedes „ Recht an einem Vermögen " einheitlich zu sein braucht. Denn das Recht am Vermögen kann nicht für die einzelnen Vermögensstücke neben den speziellen Rechten (Eigentum usw.) eine davon verschiedene rechtliche Zuständigkeit schaffen, ein solcher Dualismus der rechtlichen Zuständigkeit wäre praktisch unerträglich. Recht an einem Vermögen besitzt darum auch derjenige, welcher Subjekt der gesamten einzelnen Rechtsbeziehungen zu den Vermögensbestandteilen ist; wie die Summe der Vermögensbestandteile Vermögen genannt wird, so kann auch die Summe der Rechtsbeziehungen zu den einzelnen Vermögensbestandteilen als „ Recht am Vermögen " bezeichnet werden. Es ist versucht worden, den Inhalt des Rechtsobjekts Vermögen von dem Inhalt des Inbegriffs Vermögen zu unterscheiden, indem man den Inhalt des ersteren in einer von der Summe der Bestandteile verschiedenen unkörperlichen Wesenheit suchte (1); aber ein solches Ding besteht nicht. Der Inhalt des Vermögens ist in allen Fällen die gleiche Summe derselben Bestandteile, und er kann niemals etwas anderes sein als nur diese Summe. Der Unterschied kann also nur darin beruhen, dass neben die natürliche Verknüpfung der einzelnen Bestandteile, die das Wesen des Inbegriffs ist, eine *besondere rechtliche Verknüpfung* tritt, eine Verknüpfung in der Art, dass „ das rechtliche Schicksal der einzelnen Vermögensstücke ohne weiteres durch das Schicksal des Vermögens als Ganzen bestimmt wird " (2), während sonst nur das gleichartige Schicksal der einzelnen Vermögensstücke im tatsächlichen Erfolg das Schicksal des Vermögensinbegriffs bestimmt. (3)

(1) So Birkmeyer und Joerges *Miteigentum* 36 ff.

(2) Zitelmann *Int. Privatrecht* II 24 f.

(3) Dass diese „ rechtliche Verknüpfung " dem Vermögensbegriff den Charakter eines Rechtsobjekts gebe, ist nicht allgemein anerkannt. Binder z. B. hat in seiner *Rechtsstellung* des *Erben* III 14 ff einen umfassenden Nachweis versucht, dass das Vermögen niemals als „ einheitliches Rechtsobjekt " aufgefasst werden dürfe. Seine Lehre, dass in allen Fällen eine „ Vielheit von Einzelrechten " vorhanden sei, dass speciell bei der Gesamthand die Gemeinschafter an den Einzelgegenständen anteilweise berechtigt sind, erkenne ich als richtig an. Aber besteht eine logische

Lediglich die *Form des rechtlichen Schicksals* des Vermögens macht das Vermögen zum Rechtsobjekt. Inhaltlich ist das Vermögen dasselbe als Rechtsobjekt und als Inbegriff. Das Recht des Vermögensherrn an dem Vermögen ist inhaltlich die Summe der Rechte an den einzelnen Vermögensstücken. Das Recht am Vermögen begreift notwendig die Rechte an den einzelnen Vermögensstücken in sich, es ist gar kein Fall möglich, wo der Inhaber eines Rechts am Vermögen nicht damit notwendig zugleich auch Inhaber der einzelnen Vermögensrechte würde (1). Und auf der anderen Seite kann auch das Vermögen als Rechtsobjekt nur solche Gegenstände in sein Schicksal miteinbeziehen, bezüglich deren auch eine spezielle rechtliche Zuständigkeit des Vermögensherrn besteht; die *spezielle rechtliche Zuständigkeit* ist *vorentscheidend* für die Teilnahme an dem Schicksal des Vermögensganzen. Ebenso ist vorentscheidend die Art der speziellen rechtlichen Zuständigkeit, z. B. rücksichtlich der Sachen die Besitz- oder Eigentumszuständigkeit (2).

Ob das Vermögen Rechtsobjekt sei, bestimmt sich also danach, ob an ihm ein einheitliches Recht besteht, welches die einzelnen Vermögensstücke nicht nach den für sie geltenden speciellen Bestimmungen, sondern als *Folgewirkung der Vermögenszuständigkeit* ergreift. Ein einheitliches Recht am Vermögen ist nicht vorhanden, wo das Vermögen als Vertragsobjekt eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden auftritt, cf. BGB §§ 311, 1085, 2033—2037, 2371 ff. In Konsequenz

---

Schwierigkeit, neben den Einzelberechtigungen eine Gesamtberechtigung — auf dem Wege sekundärer Begriffsbildung (cf. Zitelmann *Internat. Privatrecht* II 22) — anzuerkennen? Dass in Wahrheit ein eigenartiges Rechtsding vorhanden ist, muss Binder selbst zugeben. Er verneint zwar *Vermögensrecht und Gegenstand* 233 f., dass das Erbrecht, das Nutzniessungsrecht usw. subjektive Rechte seien, gibt ihnen dafür aber den Charakter als „ Rechtslage d. h. an einen bestimmten Tatbestand geknüpfte Eigenschaft einer Person ". M. E. steht nichts im Wege, diese „ Rechtslage " als „ subjektives Recht " anzusehen; denn mit gleichem Rechte kann man auch jede Rechtsstellung, die ein subjektives Recht dem Berechtigten verschafft, als solche „ Rechtslage " charakterisieren. Aber natürlich kommt es auf den zu Grunde gelegten Begriff des „ subjektiven Rechts " an.

(1) Dies ist von Joerges *loc. cit.* verkannt. Mit dieser Feststellung entfällt auch sein Argument gegen die Sondergutseigenschaft des Gesellschaftsvermögens usw.

(2) Das Gleiche gilt für den Sachinbegriff als Rechtsobjekt, es erledigen sich damit die von Kohler *Lehrbuch* I 453 vorgebrachten Bedenken.

dessen ist auch in den Fällen, wo von Verfügung über Vermögen, Herausgabe des Vermögens die Rede ist, das Vermögen nicht Rechtsobjekt, sondern nur Gesamtbezeichnung der Summe der einzelnen Vermögensgegenstände. Ein einheitliches Recht am Vermögen dagegen liegt vor in den Fällen eines Verwaltungsrechts am Gesamtvermögen, ohne Unterschied der rechtlichen Begründung des Rechts, in den Fällen eines gesetzlichen Nutzungsrechts, der Anteilrechte an gemeinschaftlichen Vermögen und der Gesamtrechtsnachfolge.

Ist auch für die Zuständigkeit des Vermögensherrn gegenüber seinem eigenen Vermögen das Vermögen als Rechtsobjekt anzusehen, m. a. W. besteht ein einheitliches Recht am eigenen Vermögen? Für die Existenz dieses Rechts können nicht die verschiedenen Bestimmungen angeführt werden, welche dem Vermögensherrn das „ Recht über sein Vermögen zu verfügen " zuerkennen (BGB §§ 1984, 2286, KO §§ 6, 192, 206, StPO § 334); denn das Verfügungsrecht erstreckt sich nur auf die einzelnen Vermögensstücke, und „ Vermögen " ist nur die Gesamtbezeichnung für die Summe derselben. Dagegen ist ein Recht am eigenen Vermögen anzuerkennen, wenn der Vermögensherr durch letztwillige Verfügung über das Gesamtrecht am Vermögen Bestimmung treffen (1) und wenn der zu Unrecht für tot Erklärte sein Vermögen mit dem Erbschaftsanspruch zurückfordern (§ 2031 BGB) (2) kann.

---

(1) Hierzu bemerkenswert: das Personalstatut des Erblassers bleibt Vermögensstatut, cf. Zitelmann *Int. Privatrecht* II 22.

(2) Es ist Binder *Rechtsstellung des Erben* III 356 ff., *Gegenstand* A. 73 zu 40 ff., *Vermögensrecht und Gegenstand* 234 zuzugeben, dass der Erbschaftsanspruch kein „ Universalanspruch " ist. Binder bezeichnet ihn als „ erbrechtlich modifizierten Singularanspruch ". Aber wodurch sind diese Modifikationen erfordert? Doch nur dadurch, dass das Vermögen mehr ist, als eine Summe von Sachen usw., nämlich ein wirtschaftlicher Zweckinbegriff. Und dass dieser Zweckinbegriff auch durch eine „ rechtliche Verknüpfung " ausgezeichnet und damit zu einem „ Rechtsobjekt " erhoben wird, dafür ist mir Beweis die Erscheinung der dinglichen Surrogation (§ 2019), die m. E. nur aus der Einwirkung der gesamtrechtlichen Zuständigkeit auf die Einzelberechtigungen zu erklären ist. S. darüber den folgenden Abschnitt.

c. Die Surrogation.

Aus der Einheit des Vermögens folgerte *Birkmeyer* die Irrelevanz des Wechsels der Bestandteile (1), die er geradezu als „ Charakteristikum der universitas " (2) ansieht, und weiter die allgemeine Gültigkeit der Rechtsregel pretium succedit in locum rei et res in locum pretii, da sie ja nur ein Anwendungsfall der „ Selbstentwickelungskraft der universitas " sei. (3)

Die Frage nach der Bedeutung des *Wechsels der Bestandteile* für das Vermögen betrifft aber im Grunde gar nicht die Einheit des Vermögens, sondern die *Identität* des Vermögens. Die „ Einheit " des Vermögens besagt, dass die in einem bestimmten Augenblick im Vermögensinbegriff zusammengeschlossenen Dinge eine Einheit bilden. Wenn ein Wechsel des Vermögensbestandes oder eine Vermehrung oder eine Verminderung desselben eingetreten ist, so bildet das Vermögen in diesem Augenblicke natürlich wieder eine Einheit, und es fragt sich nur, ob es dieselbe Einheit geblieben ist. Die Frage ist zu bejahen, weil das Vermögen als Inbegriff eine ihrer Höhe nach unbestimmte Summe nicht individuell, sondern nur der Art nach bestimmter Gegenstände ist, für dessen Identität nur die Konstanz des die Einheit herstellenden Zweckes massgebend ist.

Der Satz, dass trotz des Wechsels der Bestandteile die Identität des Vermögens erhalten bleibt, hat aber nur *formale* Bedeutung, er enthält keine Aussage über die Voraussetzungen und den Vorgang des Wechsels selbst. Und nur in dieser formalen Bedeutung ist er allgemeingültig. *Birkmeyer* begeht den Fehler, ihm auch materielle Bedeutung beizulegen, indem er ihn zu der Rechtsregel: pretium

---

(1) *Vermögen* 56, 115.

(2) *eod. l.* 41.

(3) *eod. l.* 116. — Aehnlich bezeichnet Zitelmann *Int. Privatrecht* II 25 als „ charakteristisch " für die Rechtsobjektsqualität des Vermögens „ die Verschiebbarkeit der einzelnen Vermögensteile unter Aufrechterhaltung der Identität des Vermögens. " Auch Kohler *Vermögen* 8 ff. und *Lehrbuch* I 479.

succedit in locum rei et res in locum pretii ausdeutet. Diese Rechtsregel besteht nicht, die *materielle Regelung* des Wechsels der Vermögensbestandteile — genauer gesagt: des Eintritts neuer Bestandteile in den Vermögensinbegriff — ist den besonderen Bestimmungen des *positiven Rechts* zu entnehmen.

Eine solche Bestimmung kann nur da Bedeutung haben, wo ein Vermögenssubjekt mehrere Vermögensmassen besitzt. Denn ein Vermögenserwerb kann nur in der Person eines Vermögenssubjekts geschehen; wenn sie nur ein Vermögen besitzt, so muss natürlich aller Erwerb in dieses Vermögen fliessen. Anders ist es, wenn ein Vermögenssubjekt mehrere Vermögen besitzt, neben seinem allgemeinen Vermögen ein Sondervermögen. Hier wird die Bestimmung notwendig, welcher Vermögensmasse der Erwerb zu Gute kommen soll. Als Regel ist voranzustellen: der Erwerb fällt in das *allgemeine* Vermögen der Person, in deren Namen der Erwerb geschieht. Soll der Erwerb einem Sondervermögen zu Gute kommen, so muss dies ausdrücklich bestimmt werden. Eine sog. Selbstentwickelungskraft des Vermögens besteht nicht. Die Zuweisung eines Erwerbs an das Sondervermögen hat ihre innere Begründung in der Forderung der Erhaltung des Vermögensbestandes. Sie kann geschehen in der Form, dass der Destinatar des Sondervermögens einen Anspruch auf obligationsrechtliche Ausgleichung erhält, die spätestens und regelmässig bei der Vermögensauseinandersetzung einzutreten hat, oder mit dinglicher und deshalb sofortiger Wirkung. Im letzteren Falle sprechen wir von *Surrogation*.

Die dingliche Surrogation ist der unmittelbare Eintritt eines Vermögenszugangs in ein Sondervermögen, der beim Mangel einer die Surrogation anordnenden Bestimmung in das allgemeine Vermögen der Person, die nach aussen als Erwerber legitimiert ist, fallen würde. Sie wird angeordnet in den §§ 718 II, 1370, 1440 II, 1473 I, 1486 I, 1524 I, 1526 I, 1549, 1554, 1638 II, 1651 II, 1978, 2019 I (1), 2041,

(1) In diesem Falle verneint Bernhöft *Zur Lehre von den Fiktionen* 248 ff. den Tatbestand der dinglichen Surrogation. Ich schliesse mich der Meinung Binders *Rechtsstellung des Erben* III 408 ff. an.

2111. Daneben sind Fälle einer abgeschwächten Surrogation (1) zu erwähnen: §§ 718 I, 1381, 1382, 1646 BGB, abgeschwächte Surrogation ist auch für die Konkursmasse anzunehmen (2). Die Surrogation tritt hier als die Regel ein, sie kann aber durch den entgegenstehenden Willen der Person, in deren Namen der Erwerb geschieht, ausgeschlossen werden.

Die dingliche Surrogation setzt die *Rechtsobjektqualität des Sondervermögens* (3) voraus. Denn der Eintritt in das Sondervermögen resultiert nicht aus der einzelrechtlichen, sondern aus der gesamtrechtlichen Zuständigkeit. Das Recht am Sondervermögen ist massgebend für den Erwerb des Einzelrechts. Umgekehrt ist die dingliche Surrogation ein Beweis dafür, dass das in Frage stehende Vermögen Rechtsobjekt ist. (4)

Die Begründung der Surrogation aus der Rechtsobjektqualität des Sondervermögens unterscheidet die genannten Fälle von den übrigen in der Doktrin ebenfalls als „ Surrogation " bezeichneten Erscheinungen eines Ersatzobjekts eines Rechts: §§ 281, 818, 966 II, 979 II, 1127, 1219 II, 1247, 2164 II, 2169, 2374 BGB. Hier handelt es sich um eine Anordnung, welches Objekt bei Wegfall des ursprünglichen Objekts als der Berechtigung unterworfen anzusehen sei, und zwar kommt in all diesen Fällen nur ein Einzelrecht in Frage, nicht ein Gesamtrecht. Dies trifft auch für § 2374 zu, denn der obligatorische Anspruch auf ein Vermögen besteht nicht in einem Gesamtanspruch, sondern in einer Summe von Einzelrechtsansprüchen.

---

(1) Kohler *Vermögen* 12: Surrogation als Vermutungsgrundsatz.

(2) Cf. Kohler *Vermögen* 13 f., *Lehrbuch* I 479.

(3) A. A. Binder *Rechtsstellung des Erben* III 408 f. — Es ist zu bemerken, dass nicht jedem Sondervermögen die Rechtsobjekteigenschaft zukommt.

(4) Rücksichtlich anderer Inbegriffe ist die Surrogation nicht angeordnet. Betr. die Ergänzung des Inventars nach §§ 588 II, 1048 I BGB cf. Endemann *Lehrbuch* I 231: „ Der materielle Grund des Eigentumserwerbs für den Inventarherrn beruht nicht auf der geschlossenen Rechtseinheit des Inventars, sondern auf der Verpflichtung des Nutzungsberechtigten, für den Abgang der Inventarstücke Ersatz zu schaffen, die Uebergabe der erworbenen Stücke wird dabei durch die tatsächliche Einverleibung ersetzt, die den Herrn zum mittelbaren Besitzer macht und daher gemäss § 930 den Eigentumserwerb vermittelt ".

B. Der Vermögensbegriff des Ausgleichungsrechts.

1. Das Recht des Schadenersatzes.

1. *Das Vermögen als Schutzobjekt des Schadenersatzrechts.*

Das Gesetz verlangt in bestimmten Fällen, dass ein Vermögensschaden ersetzt, eine Schädigung des Vermögens ausgeglichen werde. Den Begriff dieses Vermögens bestimmt das Gesetz nicht, noch lässt es seine Bestimmung in der Art zu, dass es in den einzelnen Fällen, wo Schadenersatz geleistet werden soll, das durch die Ersatzverpflichtung geschützte Objekt nennt. Diese Bezeichnung wäre überflüssig, wenn in allen Fällen, wo eine Schadenersatzverpflichtung aufgestellt wird, das Vermögen das Schutzobjekt bildete. Das aber wird von der Doktrin meist verneint, vielmehr wird aus der Bestimmung des § 253 BGB gefolgert, dass wegen Nichtvermögensschadens immer Naturalwiederherstellung nach § 249 S. 1 gefordert werden könne (1). Daraus folgt, dass, wenn das Gesetz eine Schadenersatzverpflichtung statuiert, dem geschützten Interesse nicht ohne weiteres anzusehen ist, ob es sich um Vermögensschaden oder um Nichtvermögensschaden handelt. Diese Feststellung ist aber durchaus notwendig, weil nur bei Vermögensschaden ein Anspruch auf Geldersatz bestehen kann.

Diese Schwierigkeit besteht nun m. E. in Wirklichkeit nicht, und zwar deshalb nicht, weil die vorausgesetzte Möglichkeit der Naturalreparation eines Nichtvermögensschadens m. E. nicht als tatsächlich angesehen werden kann.

Der zur Naturalreparation Verpflichtete „ hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende

---

(1) Cf. Windscheid-Kipp *Pand.* II 61, Matthiass I 343, Fischer *Schaden* 315, Stammler *Recht der Schuldverhältnisse* 126, Planck § 826 N. 2 a, Oertmann *Recht der Schuldverhältnisse* S. 22, § 253 N. 1 a.

Umstand nicht eingetreten wäre ". Das bedeutet nichts anderes als die Abwälzung der durch das Interesse an der Integrität bezw. Wiederherstellung der Integrität des geschädigten Rechtsguts geforderten Reparationsleistung von dem Geschädigten auf den zum Ersatz Verpflichteten. Eine vollkommene Reparation ist ebenso wie der geschädigten Person selber so auch dem Ersatzverpflichteten unmöglich. Vor allem kann nie die Beeinträchtigung wieder gut gemacht werden, die der Geschädigte allein durch die Tatsache der Schädigung, dass diese überhaupt eingetreten ist, an seinem Interesse der Wahrung der Integrität, erleidet (1). Die Reparation kann sich immer nur beziehen auf die Herstellung eines äussern materiellen Zustandes, dagegen nicht auf die Herstellung eines psychischen Zustandes. Wo es sich aber um die Herstellung eines materiellen Zustandes handelt, da liegt stets und in allen Fällen eine Einwirkung auf wirtschaftliche Dinge vor, ist damit ein *Vermögensinteresse* gegeben (2).

In den Fällen, welche in der Doktrin als Beispiele von Naturalreparation eines Nichtvermögensschadens genannt werden, finde ich ausnahmslos den Tatbestand einer Einwirkung auf wirtschaftliche Verhältnisse vor. Meist genannt wird der Fall der Beleidigung. *Fischer* (3) führt diesbezüglich aus: es „ ist bei Beleidigung Ersatz zu leisten und zwar sowohl für den Vermögensschaden wie für den Nichtvermögensschaden, für letzteren nur nicht in Geld. Der innere durch die Beleidigung hervorgerufene Affekt ist irreparabel, reparabel sind aber z.T. die hervorgerufenen äusseren Erfolge derselben. So kann im Zivilprozess auf Entfernung eines beleidigenden Anschlags geklagt werden. Ferner wird man dem Beleidigten einen klagbaren Anspruch auf Ehrenerklärung und Widerruf der Beleidigung geben müssen, nicht aber auf Abbitte, welche die Selbstdemütigung des Beleidigers bezweckt ". Aehnlich *Kohler:* „ Bei Beleidigungen kann

(1) Cf. Windscheid-Kipp *Pand.* II 60.

(2) Beachtlich der Wortlaut des § 251 II: Geldersatz, „ wenn die Herstellung nur mit unverhältnismässigen Aufwendungen möglich ist ". „ Aufwendungen " bedeutet unzweifelhaft wirtschaftliche Leistungen.

(3) *Schaden* 318 f.; cf. Oertmann § 253 N. 1 a.

verlangt werden, dass eine unrichtige Angabe berichtigt werde; dagegen wäre Widerruf oder Abbitte kein Schadensersatz, sondern eine den Täter demütigende Genugtnung, welche der Verletzte nicht begehren kann " (1). *Crome* (2) will „ Anspruch auf Ehrenerklärung " und „ sonstige Rehabilitation, z.B. Wiederaufnahme in den Verein, Verbot der weiteren Veröffentlichung von Schriften " zulassen. Ob ein rechtlicher Anspruch auf „ Wiederaufnahme in einen Verein " zulässig ist, erscheint mir fraglich, jedenfalls aber dürfte er als dem Vereinsrecht angehörig von den hier zu behandelnden Erscheinungen streng zu trennen sein. Das Interesse an der öffentlichen Berichtigung einer öffentlichen Beleidigung wird vom Strafgesetzbuch (§ 200) ausdrücklich anerkannt, indem dem Beleidigten das Recht verliehen wird, das Urteil auf Kosten des Beleidigers öffentlich bekannt zu machen. Es dürfte wohl zu rechtfertigen sein, im Wege des Zivilprozesses dem Beleidigten das Recht zu gewähren, bei öffentlicher Beleidigung eine öffentliche, bei privater Beleidigung eine Berichtigung an die Zeugen derselben auf Kosten des Beleidigers zu veranlassen. (3) Indem das Interesse des Beleidigten an der Berichtigung anerkannt wird, soll er zugleich davor geschützt werden, in Verfolgung dieses Interesses Kosten aufwenden zu müssen, vielmehr soll der Beleidiger diesen Vermögensschaden zu ersetzen verpflichtet sein. Ist dies richtig, so wird der Klageantrag dahin zu lauten haben, dass der Beklagte die Kosten der Berichtigung zu tragen verpflichtet sei. Darüber hinaus scheint mir ein Berichtigungsanspruch nicht gegeben, weil ebensowenig wie die Behauptung der unwahren Tatsache, an sich auch deren Berichtigung auf die Interessen des Beleidigten einwirkt, sondern nur der Eindruck, den sie bei den andern Menschen hervorrufen. Zu der Beseitigung der durch die unwahre Behauptung hervorgerufenen ungünstigen Meinung selbst

---

(1) *Lehrbuch* II 1 S. 484.

(2) *System* II 1028 u. A. 12, auch 1076.

(3) Cf. auch Planck § 824 N. 4: „ U. U. wird der Berechtigte auch Zurücknahme der unwahren Behauptung oder sonstige Massnahmen zu verlangen berechtigt sein, welche die Kundgebung ausser Wirksamkeit zu setzen geeignet sind (RG Bd 56 S. 271, 60 S. 12) ".

aber kann der Beleidiger nicht verpflichtet werden, weil er sie zu bewirken nicht imstande ist. *Oertmann* (1) nennt den Fall: „ Der Mieter tapeziert wider Willen des Vermieters ein Zimmer mit wertvoller, diesem aber unangenehmer Tapete: er muss sie entfernen und das Zimmer wieder in den früheren Zustand versetzen lassen. " Auch hier liegt m.E. ein regelrechter Fall des Ersatzes von Vermögensschaden vor: die durch das berechtigte Interesse des Verletzten geforderten Aufwendungen hat der Schädiger zu übernehmen.

Die grosse Mehrzahl der Ansprüche, die als Beispiele von Naturalreparation eines Nichtvermögensschadens gennannt werden, aber sind gar keine Ersatz-, sondern *Unterlassungsansprüche*. Diese sind von jenen streng zu unterscheiden (2), sowohl ihrer Tendenz nach — jene wollen geschehenen Schaden wieder gut machen, diese dagegen künftig zu besorgenden Beeinträchtigungen gegenüber Schutz gewähren — wie ihrer Voraussetzung nach — jene erfordern objektive und subjektive Rechtswidrigkeit, diese dagegen nur objektive Rechtswidrigkeit. Jene werden nur rücksichtlich besonders genannter Rechtsgüter gewährt, diese zu Gunsten jedes irgend anerkannten Rechtsguts, bezüglich dessen künftige Beeinträchtigungen zu besorgen sind. (3) Die Voraussetzungen des Ersatzanspruchs sind also erheblich enger begrenzt als die des Unterlassungsanspruchs. Der Unterlassungsanspruch ist keinesfalls als Unterfall des Ersatzanspruchs aufzufassen, und wenn Doktrin und Judikatur (4) an die

---

(1) § 253 N. 1 a.

(2) Das Gesetz gegen den unlautern Wettbewerb vom 7. Juni 1909 führt eine strenge Unterscheidung zwischen Schadenersatz- und Unterlassungsansprüchen durch, cf. §§ 1, 3, 13, 14, 16, 21. Ich darf dazu verweisen auf *meinen* Aufsatz: „ Empfiehlt es sich, in das Gesetz zur Bekämpfung des unlautern Wettbewerbs eine Generalklausel aufzunehmen ? " in „ Markenschutz und Wettbewerb " N. 7 v. 1. IV. 09 S. 148—150.

(3) Cf. Planck § 823 N. IV 2 und die dort aufgeführte Judikatur des Reichsgerichts; dazu noch Entscheidung des Reichsgerichts vom 9. Juli 1907, mitgeteilt im „ Recht " N. 17, 1907, Entscheidung N. 2496. — Im Gesetz gegen den unlautern Wettbewerb werden Ersatz- und Unterlassungsanspruch scharf geschieden und auch in ihren Voraussetzungen unterschieden.

(4) Ausser den unter 1) genannten Zitaten cf. Planck § 826 N. 2 a und 3, § 824 N. 4 b, Entscheidung des OLG Cöln vom 9. Juli 1908, Crome *System* II 1076, Pape *Folgen der Verrufserklärungen* 250, 259.

Tatbestände „ unerlaubter Handlungen ", insbesondere nach § 826, Unterlassungsansprüche anknüpfen, so hat dies keinen anderen Sinn als den, dass der Tatbestand jener „ unerlaubten Handlung " die Anerkennung eines Rechtsguts enthält, dem ein Schutz durch Unterlassungsanspruch nach allgemeinen Grundsätzen zu gewähren ist. Wenn also bei Beleidigung ein Unterlassungsanspruch anerkannt wird, so kann dies mit nichten als Fall von Ersatz eines Nichtvermögensschadens aufgeführt werden (1).

Ist also Naturalreparation ihrer Natur nach nur bei Vermögensschaden möglich, so ist der Schluss gerechtfertigt, dass in allen Fällen, wo das Gesetz eine Schadenersatzverpflichtung statuiert — mit Ausnahme der Fälle der §§ 847, 1300 BGB (2) — die Verpflichtung den *Ersatz von Vermögensschaden* betrifft (3). Damit ist nun eine Handhabe zur Bestimmung des Vermögensbegriffs des Schadenersatzrechts gegeben. Jeder Tatbestand, an den eine Schadenersatzverpflichtung als Rechtsfolge geknüpft ist — mit Ausnahme natürlich der in den §§ 847 und 1300 genannten Tatbestände — enthält die Verletzung eines Vermögensobjekts, die Summe dieser Objekte ergibt den Begriff des Vermögens als Schutzobjekts des Schadenersatzrechts.

Für jeden Rechtsfall, in dem es sich um einen Schadenersatzanspruch handelt, sind drei Feststellungen erforderlich:

1. Es muss ein Vermögensschaden eingetreten sein.

2. Es muss ein Rechtsgrund vorliegen, der die Schadensverpflichtung hervorruft.

3. Es muss die Art des Ersatzes festgestellt werden, d. h. die Form, in der die Ausgleichung zu geschehen hat.

---

(1) Ein Unterlassungsanspruch hat m. E. auch in dem interessanten vom Kammergericht entschiedenen Rechtsfalle zu Grunde gelegen, wo der Unionklub auf Grund des § 826 verurteilt wurde, einem zu unrecht von den Rennbahnen ausgeschlossenen Besucher den Zutritt zu gestatten. (Mitgeteilt in der Jur. Beil. des Berliner Tageblatt N. 411 v. 15. VIII. 07).

(2) Weitere — m. E. zu Unrecht — von *Fischer* angeführte Fälle eines ausdrücklich im Gesetz zuerkannten Anspruchs auf Ersatz eines Nichtvermögensschadens werden später zu erörtern sein.

(3) In der Praxis wird dieser Grundsatz wohl allgemein befolgt.

2. *Der Vermögensschaden.*

Der *Vermögensschaden* wird regelmässig definiert als „ der Unterschied in dem Vermögen der Person, wie es sein würde ohne das betreffende Ereignis und wie es nun in Folge des Ereignisses ist " (1). Für die Berechnung des Vermögensschadens unterscheidet die Doktrin eine „ abstrakte " und eine (neuere) „ konkrete " Betrachtungsweise: jene „ fasst den Schaden als einen rein rechnerischen Begriff; sie stellt den Betrag des Vermögens des Beschädigten fest, wie er einerseits ohne Dazwischentreten des schädigenden Ereignisses sein würde, und wie er andererseits unter dem Einfluss dieses Ereignisses tatsächlich ist. Die Differenz zwischen beiden Grössen bildet den eingetretenen Schaden "; diese sieht im Schaden „ die Einbusse selbst, welche das Rechtssubjekt in Gestalt der Entziehung oder Beschädigung eines Vermögensbestandteils am Vermögen erlitten hat " (2). Praktisch kommen beide Berechnungsarten auf das gleiche Resultat hinaus. Sie stimmen darin überein, dass der Vermögensschaden in der Verringerung des Vermögensbestandes erkannt wird. Diese Auffassung aber scheint mir ursächlich mit der in der Pandektendoktrin vertretenen Lehre zusammenzuhängen, die den Ersatz in Geld als die alleinige, eigentliche oder vornehmste Form der Schadenersatzleistung erklärt (3). Nach dem Rechte des BGB aber ist der Schadenersatz nicht auf den Geldersatz zu beschränken, vielmehr besteht er in erster Linie in der Naturalreparation.

Die Bestimmung des Vermögensschadens als Vermögenseinbusse, Verringerung des Vermögensbestandes ist praktisch ungenügend. Die sog. abstrakte Betrachtungsweise scheitert daran, dass es dem

---

(1) Crome *System* II 64; Matthiass *Lehrbuch* I 342, auch Planck § 252 N. 3.

(2) Oertmann *Vorteilsausgleichung* 6 f.; cf. auch ders. *Recht* der *Schuldverhältnisse* 21 f., Mauczka *Rechtsgrund des Schadenersatzes* 30 f., Fischer *Schaden* 25 f.

(3) Cf. Rümelin *Gründe der Schadenszurechnung* 2, Degenkolb *Inhalt des Schadensersatzes* 10, 15 f., 20. Auch Mauczka *loc. cit.* 35 unterscheidet vom „ Schadenersatz " den „ Schadenausgleich "; ersterer soll vorliegen, wenn der Schaden nicht mehr aus der Welt zu schaffen ist, so bei Sachbeschädigung und Sachvernichtung, letzterer, wenn der Schaden rückgängig gemacht werden kann, ohne dass der Verletzer von seinem ursprünglichen Vermögen etwas einbüsst, so bei Entwendung.

Richter schlechthin unmöglich ist, eine Doppelinventur des Vermögens aufzunehmen (1). Die von der sog. konkreten Betrachtungsweise geforderte Berechnung der „ Einbusse, welche das Rechtssubjekt in Gestalt der Entziehung oder Beschädigung eines Vermögensbestandteils am Vermögen erlitten hat ", lässt die Fälle einer indirekten Vermögensbeschädigung unberücksichtigt, in denen das Vermögenssubjekt keine unmittelbare Schädigung eines Vermögensbestandteils erfährt, sondern unter Wahrung der Integrität aller Vermögensstücke zu Aufwendungen gezwungen wird.

Entscheidend aber spricht gegen jene Definition des Vermögensschadens die Erwägung, dass sie der Interessenlage auf Seiten des geschädigten Vermögenssubjekts nicht gerecht wird. „ Der Gläubiger soll wirtschaftlich in dieselbe Lage gebracht werden, in welcher er sich befinden würde, wenn der zum Schadenersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre " (2). Der Vermögensschaden ist nicht Einbusse am Vermögen, sondern *Beeinträchtigung* des Rechtssubjekts *mit Rücksicht auf sein Vermögen.* Der Vermögensherr hat das Recht der Verwaltung, Verfügung und Nutzung des Vermögens. Jeder Eingriff in diese Interessen beeinträchtigt ihn in seinem Vermögen. Das Ersatzinteresse zielt auf die Beseitigung dieser Beeinträchtigung ab. Danach ist zu unterscheiden: Geschieht die Beeinträchtigung in der Art, dass eine Sache der Verfügungsgewalt des Vermögenssubjekts entzogen wird, so wird sie beseitigt durch Rückerlangung des Verfügungsgewalt. Wird eine Sache beschädigt, so ist der Schaden durch Ausbesserung zu beseitigen, wird sie vernichtet, so ist der Schaden durch Anschaffung einer neuen gleichen Sache zu beseitigen. In den beiden letzten Fällen besteht der ersetzbare Schaden, den das Vermögenssubjekt erleidet, in Wirklichkeit nicht in der Beschädigung bezw. dem Verlust — beide sind nicht wieder gut zu machen —, also auch nicht in der Verminderung des Vermögensbestandes, sondern vielmehr in der Notwendigkeit, zur Ausbesserung oder zur Ersatzbeschaffung Aufwendungen zu machen,

(1) Cf. Mauczka *loc. cit.* 30 f.

(2) Das Reichsgericht in einem Urteil vom 7. Mai 1907, mitgeteilt im „ Recht " vom 10. IX. 07, Entscheidung N. 2513.

bezw. in der Höhe dieser Aufwendungen. Nur diese Auffassung wird der Interessenlage auf Seiten des geschädigten Vermögenssubjekts gerecht. Für das Vermögenssubjekt ist das Vermögen nicht eine tote Wertsumme und der Vermögensschaden nicht eine Verringerung dieser Wertsumme, sondern das Vermögen ist der Inbegriff der seiner Verwaltung und Nutzung unterworfenen Güter, der Vermögensschaden ist die Beeinträchtigung seiner Verwaltungs- und Nutzungsinteressen (1). Das Ersatzinteresse geht nicht auf Ersatz der Verringerung der Wertsumme des Vermögens, sondern auf Wiederherstellung der wirtschaftlichen Lage, auf Rückerlangung der entzogenen Güter und auf Ersatz der Aufwendungen, welche zur Herstellung der Integrität der Sache oder zur Erlangung einer gleichen Sache notwendig sind.

Es ist möglich, dass das Ersatzinteresse nach der bezeichneten Richtung nicht befriedigt werden kann, z. B. bei völliger Vernichtung einer Sache, die nur als species existiert. Das Ersatzinteresse kann sich hier nur auf ein Surrogat des ursprünglichen Interesses beziehen, es geht dahin, wenigstens den gemeinen Wert der Sache ersetzt zu erhalten: § 251 I. Aber der Schaden besteht auch in diesem Falle in der Beeinträchtigung des Interesses an der ungehinderten Verwaltung und Nutzung des Vermögens, nicht etwa in der Beeinträchtigung des Werts des Vermögensganzen oder des betreffenden Vermögensstücks.

Die Auffassung, dass der Vermögensschaden sich nicht nach der Verringerung des Vermögensbestandes, sondern nach dem *Einsatz* bestimme, der erforderlich ist, um die Integrität der wirtschaftlichen

---

(1) Seng *Zur Frage der Vergütung nichtökonomischen Schadens aus Delikten* 360 f.: „Jede Verletzung trifft in letzter Linie das Innere der Persönlichkeit. Die Eigenschaft eines Gutes als solchen beruht auf seiner Bedeutung für die Person, darauf dass es den Wert des Lebens für die Person, ihr Wohlsein bedingt, dass seine Verletzung ihr Wohlsein stört. Dem entsprechend ist auch das letzte Ziel der Reparation die Wiederherstellung des gestörten Wohlseins. Das Gebiet menschlicher Güter, für welches ein einigermassen zuverlässiger Massstab ihrer Bedeutung für das Wohlsein ihres Besitzers besteht, ist das Vermögen; dieser Massstab ist der Geldwert des fraglichen Gutes". Der letzte Satz enthält eine arge Verkennung der Bedeutung der wirtschaftlichen Güter.

Lage wiederherzustellen, entspricht durchaus der Regelung des Schadenersatzanspruchs im BGB. Der Ersatzverpflichtete ist in erster Linie zur Naturalreparation verpflichtet, d. h. er hat die Aufwendungen zur Wiederherstellung des beschädigten oder vernichteten Gegenstandes zu leisten. Die Bestimmung des § 249 Satz 2 besagt im Interesse des Gläubigers, dass in bestimmten Fällen die Herstellung selbst der Verletzte vornehmen dürfe, dass aber der Ersatzverpflichtete die Kosten derselben zu ersetzen habe. Besteht die Ersatzleistung in den Aufwendungen zur Herstellung, so besteht der zu ersetzende Schaden in der Verursachung dieser Aufwendungen, nicht aber in dem Wertverlust, den das Vermögenssubjekt durch die Beeinträchtigung der Sache erfährt. Entsprechend bestimmt § 251 II, dass der Geldersatz gestattet sein soll, wenn die Herstellung nur „ mit unverhältnismässigen Aufwendungen " möglich ist. Hierin ist klar ausgedrückt, dass der Geldersatz, also der Ersatz der Werteinbusse, den wirklichen Schaden nicht vollständig ausgleicht, der volle Schaden besteht eben in der Höhe der zur Herstellung erforderlichen Aufwendungen. Nur die Berücksichtigung der Aufwendungen erklärt den Tatbestand des Vermögensschadens in den Fällen indirekter Vermögensschädigung (Verletzung einer Person und dadurch hervorgerufene Aufwendungen für Heilung usw.).

Die hier vertretene Auffassung des Vermögensschadens im Sinne von Zwang zu Aufwendungen dürfte auch am besten dem römischrechtlichen Begriff des „ *Interesse* " (1) gerecht werden. Das Interesse ist die Relevanz eines Ereignisses auf die wirtschaftliche Zweckbestimmung des Vermögens, ausgedrückt in Geld als der allgemeinen Vergleichungsgrösse für wirtschaftliche Beziehungen (2).

Der Vermögensschaden ist die Beeinträchtigung der Vermögensverwaltungs- und Nutzungsinteressen. Zu Unrecht nimmt deshalb

(1) Cf. Darüber besonders Oertmann *Volkswirtschaftslehre des c. i. c.* 42 f., ders. *Recht der Schuldverhältnisse* S. 21 f. und Berolzheimer *Vermögen* 539 f.

(2) Wenn das „ Interesse " mit dem „ Wert " in Verbindung gebracht wird, so ist dies richtig, wenn man auf den Wert der Ersatzaufwendungen abstellt; nicht aber darf auf den Wert des Vermögensstücks selbst abgestellt werden.

Fischer (1) „ Schutz gegen Nichtvermögensschaden " an, wenn der Geschäftsführer ohne Auftrag nach §§ 678, 249 BGB verpflichtet ist, den früheren Zustand wiederherzustellen, wenn seine Geschäftsführung nicht „ den subjektiven Neigungen des Geschäftsherrn volle Rechnung " trägt. Seine Begründung, dass die Geschäftsführung nur das Affektionsinteresse verletze, aber „ objektiv keine Vermögensverminderung " enthalte (2), geht fehl, weil sie das Verwaltungsinteresse des Geschäftsherrn nicht berücksichtigt.

Ebenso ist die Meinung *Fischers* (3) abzulehnen, dass die Bestimmung des § 249 S. 2 auch den Nichtvermögensschaden betreffe. Er begründet dies: „ Die Verletzung einer Person bringt zunächst immer einen Nichtvermögensschaden hervor, aus welchem sich möglicher- und nicht notwendigerweise ein Vermögensschaden entwickeln kann. Auch bei Sachbeschädigung greift § 249 S. 2 in das Nichtvermögensgebiet hinüber, wenn es sich um die Beschädigung eines Gegenstandes handelt, welcher keinen Vermögenswert hat, an dem der Verletzte aber ein Affektionsinteresse besitzt ". Aber: § 249 Satz 2 setzt die Notwendigkeit von Aufwendungen voraus, und eben in dieser Notwendigkeit besteht der Vermögensschaden, den der Verletzte erleidet.

Gemeinhin wird das sog. *Affektionsinteresse* von der Berücksichtigung im Schadenersatzrechte ausgeschlossen, weil es kein Vermögensinteresse sei (4). Dies ist nicht ganz richtig. Das Affektionsinteresse an der Erhaltung und Nutzung eines Sachguts ist unzweifelhaft ein Vermögensinteresse und wird als solches auch durch § 249 geschützt (5). Aber ob dieser Schutz eintritt, ist davon abhängig, dass der Schaden überhaupt reparabel ist (6). Dies wird in vielen Fällen zu

---

(1) *Schaden* 322.

(2) *eod. l.* 324.

(3) *Schaden* 202 f.

(4) Cf. Planck § 253 N. 2, Oertmann § 253 N. 3, Fischer *loc. cit.*, Crome *System* II 71 A. 18.

(5) In vielen Fällen wird aber die Bestimmung des § 251 II modifizierend eingreifen.

(6) Oertmann § 253 N. 2: „ Dagegen ist es kein Vermögensschaden und somit nicht in Geld zu ersetzen, wenn jenem anderen der Gebrauch eines reinen Luxuspferdes zeitweilig entzogen wird ". M. E. liegt wohl Vermögensschaden vor, aber derselbe ist nicht geeignet zur Begründung eines Ersatzanspruchs.

verneinen sein. Es wäre irrig anzunehmen, dass jeder Vermögensschaden — naturaliter oder in Geld — ersetzt werden könne. Eine weitere Frage ist es, wieweit das Affektionsinteresse als wertbestimmend in Anschlag zu bringen sei, wenn die Ersatzleistung in Geld besteht. *Planck* ist beizustimmen, wenn er den aus Affektionsinteresse bezahlten hohen Erwerbspreis für anrechenbar erklärt (1), dagegen wird die Forderung eines Geldersatzes für den „ Affektionswert ", soweit sie nicht in den Aufwendungen des Besitzers — abgesehen von dem gemeinen Wert — begründet ist, nicht anerkannt werden.

Der Vermögensschaden bei Vernichtung einer Sache ist gleich der Summe der Aufwendungen, die notwendig sind, um eine gleiche Sache anzuschaffen. Die Summe dieser Aufwendungen ist nichts anderes als jene Grösse, die man unter dem „ Gebrauchswert " (2) oder „ subjektiven Wert " (3) der Sache versteht. In diesem Sinne ist die Bestimmung auszudeuten, dass dem geschädigten Vermögenssubjekt geleistet werden soll, was die entzogene Sache „ gerade ihm, nicht was sie jedermann " wert ist; eine praktische Brauchbarkeit gewinnt diese Bestimmung erst durch die Bezugnahme auf den Wert des Einsatzes, der erforderlich ist, um die wirtschaftliche Lage des geschädigten Vermögenssubjekts wieder in den vor der Schädigung bestehenden Zustand zurückzuführen.

Die Frage, ob die Vernichtung oder Entziehung einer Sache unter *Leistung eines Wertäquivalents* den Tatbestand eines Vermögensschadens ausschliesse, ist nach dem hier vertretenen Standpunkte zu verneinen, indem der Eingriff in das Verwaltungs- und Verfügungsrecht durch die Aequivalentleistung niemals gutgemacht werden kann. Dagegen kann sie die rechtswidrige Absicht auf Seiten des Verletzers ausschliessen, desgleichen den Ersatzanspruch, wenn dieser auf die

---

(1) § 253 N. 2; a. A. Oertmann § 253 N. 3.

(2) Cf. Berolzheimer *Vermögen* 539 f., Oertmann *Volkswirtschaftslehre des c. i. c.* 38.

(3) Cf. Matthiass *Lehrbuch* I 345. — Auch Crome *System* II 71 f., Windscheid-Kipp *Pand.* II 49 f., Planck § 251 N. 2: Wert nach den besonderen Verhältnissen.

Aequivalentleistung gerichtet sein würde, insesondere also bei Unmöglichkeit der Naturalreparation.

3. *Der Rechtsgrund des Schadenersatzes.*

Die Schädigung eines Vermögens als solche ist dem Rechte gleichgültig. Nur dann kommt sie für die rechtliche Regelung in Betracht, wenn sie als Grundlage einer Schadenersatzverpflichtung auftritt. Eine Schadenersatzverpflichtung muss ausdrücklich auferlegt sein, sie muss einen „ Rechtsgrund " haben; andernfalls gilt der Satz casum sentit dominus (1).

Als *Rechtsgrund* einer Schadenersatzverpflichtung kommt in Betracht:

1. Verletzung einer Vertragsverpflichtung.
2. Haftung aus Verursachung
   a) bei Verschulden,
   b) ohne Verschulden in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen (2).
3. Vertragsmässige Uebernahme der Verpflichtung zum Ersatz eines eingetretenen Schadens.
4. Schadenersatzleistungen enthalten z. T. auch die Leistungen der Sozialversicherung.

4. *Die Ersatzleistung.*

Besteht der Vermögensschaden in der Verursachung von Aufwendungen, so besteht die Ersatzleistung in der Leistung eben dieser

---

(1) Unter dominus darf allerdings nicht der „ Eigentümer ", sondern muss der „ Vermögensherr " verstanden werden; cf. Meumann *Prolegomena* 80 f.

(2) Mauczka *Rechtsgrund des Schadenersatzes* nimmt an, dass jede Verursachung als Haftungsgrund anzusehen sei, soweit nicht Ausnahmen statuiert seien, cf. 13: „ Die Regel bildet die Erfolghaftung, die Ausnahme die Haftfreiheit bestimmter Fälle schuldloser Verursachung eines Schadens ". Die interessante Untersuchung hat m. E. den Beweis für diese These nicht erbracht. Nach dem heutigen Stande der Gesetzgebung dürfte sie nicht vertreten werden können.

Aufwendungen. (1) Die Schadenersatzverpflichtung bedeutet die Abwälzung der durch das Interesse des Vermögenssubjekts an der Wiederherstellung seiner Vermögensmacht veranlassten Aufwendungen auf den Verpflichteten. So erklärt sich die Bestimmung des § 249 S. 2: wegen des besonderen Interesses des Verletzten soll dieser — während regelmässig der Verletzer die Reparation zu bewirken hat — das Recht haben, sie selber vorzunehmen und den Wert der Aufwendungen sich ersetzen zu lassen. (2)

Die vollkommenste auch vom BGB anerkannte Form des Schadenersatzes ist die Naturalreparation. Tatsächliche Identität ist erfordert, wenn das entzogene Objekt für den Geschädigten als Spezies von Bedeutung war, sonst genügt wirtschaftliche Identität, d. h. die Herstellung der gleichen Nutzungsmöglichkeit (3).

In der überwiegenden Mehrzahl der praktischen Schadenersatzfälle besteht die Ersatzleistung in Geldersatz. Der Geldersatz kann in Betracht kommen als Fall der Naturalreparation, z. B. wenn für die Entziehung einer Geldsumme Ersatz zu leisten ist, ebenso wenn die Ersatzverpflichtung die Entschädigung für „ Kosten " betrifft (4). Der Geldersatz kommt weiterhin in Betracht als Surrogat einer unmöglichen oder speziell ausgeschlossenen Naturalreparation. Ein ganz besonders wichtiger Fall solcher subsidiären Ersatzleistung in Geld liegt vor, wenn nicht wiederherstellbare Erwerbserwartungen verletzt sind. Der Ersatz kann hier nur darin bestehen, dass der erwartete Erwerb in anderer Form sichergestellt wird. So kann der nach § 252 zu ersetzende entgangene Gewinn nur in Geld ersetzt werden. Ebenso ist die an die Person des Verletzten, an seine wirtschaftliche Leistungskraft geknüpfte Erwerbserwartung nicht

---

(1) Es ist zu bemerken, dass juristisch die Ersatzleistung das Primäre ist; die Tatbestände der Ersatzleistung bestimmen den Umfang des Vermögensschadens im juristischen Sinne.

(2) „ Erforderlich ist der Geldbetrag, welchen der Beschädigte zum Zwecke der Herstellung aufzuwenden hat, nicht derjenige Betrag, mit welchem der Ersatzverpflichtete die Herstellung bewirken könnte ". Planck § 249 N. 3.

(3) Cf. Oertmann § 249 N. 2, Fischer *Schaden* 168 f., Matthiass *Lehrbuch* I 343. Anwendungsfall Planck § 179 N. 2.

(4) Hierunter fallen die in § 249 S. 2 geregelten Fälle.

naturaliter wiederherstellbar, sondern nur durch Geldentschädigung ausgleichbar. Der Verlust der in der Persönlichkeit begründeten Erwerbsquelle wird ausgeglichen durch die Eröffnung einer andern Erwerbsquelle, des Kapitals. Geldersatz an Stelle der Naturalreparation ist ausnahmsweise angeordnet im Falle des § 251 II.

In einer Reihe von Fällen beschränkt das Gesetz die Ersatzverpflichtung, die regelmässig auf Ersatz des vollen Schadens geht, auf den Ersatz des gemeinen Werts des entzogenen oder verletzten Gegenstandes (1). Insbesondere ist diese Beschränkung anzunehmen für die Fälle eines gesetzlich anerkannten Eingriffsrechts in fremdes Vermögen (2). In der Doktrin werden vielfach diese Ansprüche von den Ersatzansprüchen als „ Entschädigungsansprüche " technisch unterschieden, während das Gesetz „ Schadenersatz " und „ Entschädigung " durchaus promiscue gebraucht.

5. *Der Vermögensbegriff des Schadenersatzrechts.*

Ebensowenig wie rücksichtlich der andern Erscheinungsfälle des Vermögensbegriffs enthält das Gesetz eine Definition des Vermögens im Sinne des Schadenersatzrechts. Der Vermögensbegriff ist also (als Inbegriff) aus der Summe der Objekte zu bestimmen, deren Verletzung die Rechtsordnung als Grundlage einer Schadenersatzverpflichtung anerkennt. Eine allgemeine actio doli hat das BGB nicht aufgenommen (3), und das Reichsgericht hat mit Recht den

---

(1) Cf. Crome *System* II 71 f.

(2) Speziell für die Ersatzpflicht nach § 904 BGB; cf. Meumann *Prolegomena* 191 ff.

(3) Pape *Folgen der Verrufserklärungen* 256: „ Als Praktiker kann ich aus eigenen und dritterseits wiederholt bestätigten Erfahrungen langjähriger Zivilpraxis versichern, dass diese das Fehlen des allgemeinen Rechtsguts des Vermögens in § 823 Abs. I schon oft als Hemmnis für die Rechtsprechung empfunden hat. " Cf. auch Meumann *Prolegomena* 150. Die Bestrebungen auf übermässige Ausdehnung der durch § 823 I geregelten Tatbestände, insbesondere in Ausdeutung des Begriffs „ sonstiges Recht ", wie sie u. a. auch bei Pape in Erscheinung treten, können aber dadurch nicht gerechtfertigt werden. Cf. Oertmann *Recht der Schuldverhältnisse* S. 935, § 823 N. 1.

Versuch abgelehnt, eine solche in der Form zu konstruieren, dass das Vermögen als ein „ sonstiges Recht " im Sinne des § 823 I anerkannt werde (1). Das Gesetz regelt vielmehr die Schadenersatzansprüche dahin, dass es sie an spezielle Tatbestände von Interessenverletzungen anknüpft, deren Spezialisierung zum Teil das Objekt der Verletzung (§§ 823—825, 833, 835, 836), zum anderen Teil die Art und Weise des widerrechtlichen Verhaltens (Verletzung einer vertragsmässigen oder gesetzlichen Pflicht, § 839) und nur indirekt auch das Objekt der Verletzung betrifft.

In jedem Tatbestand, an welchen als Rechtsfolge eine Schadenersatzverpflichtung angeknüpft wird, muss das Moment des Vermögensschadens enthalten sein, also die Beeinträchtigung eines einzelnen Vermögensstücks oder des Vermögens als Ganzen. In vielen Fällen aber ruft das zum Schadenersatz verpflichtende Verhalten nur *mittelbar* die Vermögensbeschädigung hervor, während der Angriff primär ein anderes Rechtsgut der Person trifft (2). Wenn in den die

---

(1) E 59 S. 49.

(2) Aber der Rechtsschutz, den die Ersatzverpflichtung gewährt, gilt primär dem Vermögen, erst in zweiter Linie dem angegriffenen Rechtsgute. Cf. Thon *Rechtsnorm und subjektives Recht* 151: „ Privatansprüche, welche bei normwidriger Verletzung persönlicher Güter gegeben werden, aber nicht, um diese Verletzung zu beseitigen, sondern um die damit zugleich verursachte Vermögensbeschädigung auszugleichen... Ist es doch in diesen Fällen nicht die Uebertretung der Norm: „ Du sollst nicht töten ", sondern der anderen: „ Du sollst fremdes Eigentum nicht beschädigen, auch nicht durch Tötung oder Beschädigung des Eigners ", welche hier die Ersatzverbindlichkeit herbeiführt ". Ebenso auch Meumann *Prolegomena* 180. Allgemeiner Anerkennung erfreut sich diese Auffassung allerdings nicht; cf. v. Liszt *Deliktsobligationen* 63, der unerlaubte Handlungen „ gegen die Person " und „ gegen das Vermögen " unterscheidet. Kohler *Lehrbuch* II 1 behandelt in § 190 „ Persönlichkeitsverletzungen ", in § 191 „ Vermögensverletzungen ", auch S. 535: „ Die Hauptbedeutung des § 826 ist nicht die dogmatische, sondern die geschichtlich rechtsentwickelnde. Solange nämlich das Persönlichkeitsrecht noch nicht in vollem Umfange anerkannt ist, ist es von der grössten Wichtigkeit, eine Gesetzesbestimmung zu besitzen, durch welche die Gerichte in der Lage sind, das Persönlichkeitsrecht auch ohne seine Anerkennung zu schützen, und dies geschieht auf Grund des § 826 "; auch wohl Endemann *Lehrbuch* I 425 f.

Mit der — m. E. unrichtigen — Auffassung, dass die Schadenersatzverpflichtung in erster Linie das „ Persönlichkeitsrecht " schütze, hängt wohl auch die — m. E. ebenfalls unzulässige — weite Ausdehnung des Begriffs „ sonstiges Recht " in § 823 I zusammen, wie sie von Kohler *Lehrbuch* II 1 § 190 und v. Liszt *loc. cit.* 22 ff. vorgenommen wird.

Schadenersatzverpflichtung anordnenden Bestimmungen nur das primäre Angriffsobjekt genannt wird, — so z. B. in § 823 I „ Leben (1), Körper, Gesundheit, Freiheit " und in § 825 das Rechtsgut der Geschlechtsehre —, so würde es natürlich nicht richtig sein, den Vermögensbegriff durch die Summe dieser primären Angriffsobjekte zu bestimmen, sondern es muss das mittelbar verletzte Vermögensstück berücksichtigt werden. Neben den speziellen Tatbeständen der Schadenersatzansprüche hat dann das Gesetz subsidiär noch einen allgemeinen Tatbestand in § 826 aufgenommen, der rücksichtlich des Moments der Vermögensschädigung keine Beschränkung auf bestimmte Beeinträchtigungen enthält, in seiner praktischen Verwertbarkeit aber dadurch ausserordentlich beschränkt ist, dass er in subjektiver Beziehung sehr strenge Anforderungen — vorsätzliche unsittliche Schadenszufügung — stellt. Immerhin ist er für die Bestimmung des Vermögensbegriffs im Sinne des Schadenersatzrechts von erheblicher Bedeutung.

Die Bestimmung des Vermögensbegriffs geschieht durch die Bestimmung der Bestandteile, welche sich zu dem Inbegriff des Vermögens zusammenschliessen. Die Feststellung dieser Bestandteile erfolgt, wie auch im früheren geschehen, im Anschluss an die Klassifikation der Bestandteile des wirtschaftlichen Vermögens.

1. Zunächst ist der *Besitz* zu betrachten. Der Schutz des Besitzes, der sich auf Eigentum oder ein sonstiges dingliches Recht gründet, ist klar ausgesprochen in § 823 I. Nicht allgemein anerkannt ist, ob auch der sonstige Besitz gegen Schädigung geschützt ist. *Kohler* (2) meint: „ Auch der Besitz ist ein Recht im Sinne des § 823, aber nur insofern, als er Erwerbsmittel oder Nutzmittel eines Rechts ist; so der gutgläubige Besitz mit seinen Rechtswirkungen,... wenn jemand die noch nicht geernteten Früchte einer Pachtsache zerstört, ebenso auch wenn jemand, nachdem der Mieter in Besitz gesetzt ist, die

(1) Das Rechtsgut des „ Lebens " gehört eigentlich in den Tatbestand des § 823 I nicht hinein; denn im Falle der Tötung erleidet der unmittelbar Verletzte keinen reparablen Schaden, solchen erleiden vielmehr die Hinterbliebenen; für diese aber trifft der § 844 besondere Bestimmung.

(2) *Lehrbuch* II 1 S. 525.

Mietsache beschädigt; während der Besitz des Diebes keinen Schutz verdient ". Dieser Entscheidung ist m. E. nicht beizutreten. Der allgemeine Schutz des Besitzes ist zunächst aus § 823 II in Verbindung mit der Verbotsvorschrift des § 858 zu begründen (1). Ebenso erscheint es mir richtig, die tatsächliche Besitzstellung als Recht des Besitzes und damit als „ sonstiges Recht " im Sinne des § 823 I aufzufassen (2).

Eine besondere Prüfung aber verlangt die Frage, ob und inwieweit dem Besitzer, der nicht Eigentümer ist, ein *Schaden* entstanden ist. Ein solcher ist zunächst dann vorhanden, wenn der Besitzer dem Eigentümer für die Sache haftbar wird (3). Ist dies nicht der Fall, so ist er nur in der ihm zustehenden Nutzung geschädigt. Für diese aber gilt, dass der Besitzer für Beeinträchtigung der Nutzung nur dann Ersatz verlangen kann, wenn er nutzungsberechtigt ist (4). Während das Interesse an der Erhaltung des Besitzes allgemein Schutz geniesst, tritt zu Gunsten der Nutzung des Besitzes der Rechtsschutz nur insoweit ein, als das Nutzungsinteresse rechtlich anerkannt ist. Denn der Besitz wird geschützt in seiner besonderen rechtlichen Ausstattung: Eigentumsbesitz, Besitz auf Grund dinglichen oder obligatorischen Nutzungsrechts, gutgläubiger Besitz, Besitz ohne Nutzungsrecht. Dieser Satz gibt mir auch die Entscheidung für den von *Cosack* (5) erwähnten Fall, dass jemand im Aerger pornographische Bilder, die ein „ Kunsthändler " ihm anpreist, zerreisst. Mit Cosack wird anzunehmen sein, dass der Täter nur in Höhe des Papierwerts der Bilder ersatzpflichtig ist.

---

(1) Cf. Oertmann § 823 N. 3 d. Crome *System* II S. 1020. Entscheidung des OLG Cöln vom 6. XII. 1907, Planck § 823 N. III 1.

(2) Cf. Oertmann *eod. l.*, Matthiass *Lehrbuch* I 709, v. Liszt *Deliktsobligationen* 51.

(3) Dies trifft auch für den unredlichen Besitzer zu. — Das BGB will anscheinend den Ersatzanspruch des Besitzers davon abhängig machen, dass der Eigentümer ihm seinen Anspruch abtritt (§ 255). Aber es steht wohl nichts im Wege, dem Besitzer auch einen direkten Ersatzanspruch zuzuerkennen.

(4) Mit dieser Massgabe ist die oben zitierte Entscheidung *Kohlers* als richtig anzuerkennen.

(5) *Lehrbuch des Bürg. Rechts* I 329. A. A. Planck § 249 N. 2 c.

Auch *wertlose* Sachen, bezüglich deren ein Affektionsinteresse besteht, sind geschützt. Ausgeschlossen ist nur im Falle der Unmöglichkeit der Wiederherstellung der Geldersatz.

Für den Teilbesitz gilt das Gleiche wie für den Vollbesitz. Keinen Unterschied kann es machen, ob er auf dinglichem oder obligatorischem Rechte beruht.

Bezüglich des Besitzes an *unbeweglichen* Sachen ist darauf aufmerksam zu machen, dass ihre Nutzbarkeit beeinflusst wird durch die örtlichen Verhältnisse, die in ihrer Umgebung vorhanden sind (1). Eine ungünstige Einwirkung auf diese Verhältnisse kann das Interesse des Besitzers schädigen und auch die Grundlage einer Schadenersatzverpflichtung werden. Allerdings nicht unter dem Gesichtspunkt der Beeinträchtigung des Eigentums. So wird auf Grund des § 823 ein Schadenersatzanspruch nicht anzuerkennen sein, wenn der Wert eines Grundstücks durch den Bordellbetrieb auf dem Nachbargrundstück beeinträchtigt wird (2), dagegen kann ein solcher Anspruch auf § 826 gestützt werden (3). In diesem Zusammenhange ist auch die Entscheidung des Reichsgerichts (4) zu erwähnen: „ Ist infolge vertragswidriger Zustimmung des Vertreters zu einem Wegeprojekt ein Weg zum Schaden des Vertretenen verschmälert worden, so ist für den Schadenersatzanspruch des letzteren gegen den Vertreter seine tatsächliche Lage im Verhältnis zu dem Wege entscheidend; ob er auf dessen Benutzung oder für den Fall der Einziehung auf Entschädigung einen Rechtsanspruch hatte, ist einerlei ".

2. Unter den Erwerbsanwartschaften sind an erster Stelle zu nennen die dinglichen und die obligatorischen *Ansprüche* auf Sachleistungen. Die Verletzung eines dinglichen Anspruchs ruft nach § 823 I Schadenersatzverpflichtung hervor. Insbesondere ist der Eigentümer einer Sache in jedem Falle der Verletzung seines Eigentums wegen des

---

(1) ohne dass eine direkte *physische* Einwirkung („ Immission " usw). auf das Grundstück geschieht. Ist solche Einwirkung vorhanden, so tritt der Schutz bereits nach § 823 I ein. Cf. Planck § 823 N. II 1 e.

(2) Cf. Planck § 823 N. II 1 e.

(3) Cf. Planck § 826 N. 2 c, E 57 S. 239; 50 S. 225.

(4) vom 7. V. 07. Mitgeteilt im „ Recht " v. 10. IX. 07, N. 2513.

Eingriffs in sein Verwaltungsrecht als geschädigt anzusehen; aber es kann unter Umständen ihm ein reparabler Schaden nicht erwachsen, dann nämlich, wenn der Ersatz subsidiär in Geld zu geschehen und der für die Sache haftende Besitzer die Entschädigung geleistet hat. Ist dies nicht der Fall, so trifft die Schädigung direkt den Eigentümer; dieser — nicht der Besitzer — ist bezüglich des Sachwerts entschädigungsberechtigt, und wenn der Täter nach § 851 sich durch Leistung an den Besitzer befreit hat, so richtet sich der Ersatzanspruch des Eigentümers nach § 281 gegen den Besitzer (1).

Die obligatorischen Ansprüche sind allgemein gegen Verletzung durch den Verpflichteten nicht schadenersatz - sondern schuldrechtlich (§ 280) geschützt, und es ist allgemein anerkannt, dass die Verletzung eines obligatorischen Anspruchs durch den Verpflichteten keinen Schadenersatztatbestand nach § 823 I darstellt. Natürlich aber liegt ein solcher vor, wenn die Anspruchsverletzung mit einer anderen unter § 823 I fallenden Interessenverletzung koinzidiert, so z. B. wenn der Vermieter den Mieter im Besitz der Mietsache stört (2). Und ebenso verpflichtet nach § 823 I zum Schadenersatz die Verletzung des Anspruchs durch einen Dritten, die in manchen Fällen möglich ist (3 4). Hierzu ist jedoch eine Unterscheidung notwendig.

---

(1) Auch wenn der Besitzer für die Sache haftet, rechtfertigt sich die Bestimmung, dass der Eigentümer in erster Linie ersatzberechtigt ist, aus der Erwägung, dass er berechtigt sein soll, den Verpflichteten anzugehen, der ihm grössere Sicherheit bietet. Erhält er den Ersatz von dem Täter, so kann er natürlich nicht noch einmal von dem Besitzer Entschädigung verlangen, weil er ja keinen Schaden mehr hat; erhält er den Ersatz von dem Besitzer, so muss er diesem nach § 255 den Ersatzanspruch gegen den Täter abtreten. Im letzteren Falle dürfte auch die Bestimmung des § 851 eine Modifizierung erfahren müssen.

(2) Cf. Oertmann *Recht der Schuldverhältnisse* S. 937—940., v. Liszt *Deliktsobligationen* 11.

(3) Cf. Kohler *Lehrbuch* II 1 S. 15 f. und 525 f.; Crome *System* II 1021.

(4) Neben § 823 I kommt § 826 in Betracht. Cf. Crome *System* II S. 1021 A. 55. So insbesondere bei Vereitlung eines Anspruchs durch Ausübung eines formalen Rechts — z. B. Benutzung der dinglich wirkenden Uebertragungsform; cf. RG vom 9. XII. 1905 (mitgeteilt Jur. Beil. des Berliner Tageblatt Nr. 288 v. 9. VI. 1906), bei Vereitlung des Erfolges einer Zwangsvollstreckung, bei Vereinbarung von Hypothekengläubigern betreffs des Bietens zum Zwecke des Ausfallens von Hypotheken, Reichsgericht in DJZ 1907 S. 481.

Die Ersatzpflicht tritt allgemein nach § 823 ein, wenn die Anspruchsverletzung primäre Folge des zum Ersatz verpflichtenden Verhaltens ist. Ist sie nur sekundäre Folge, so wird sie von § 823 I nicht getroffen, weil diese Bestimmung Identität des Subjekts des primär und des sekundär verletzten Rechtsguts voraussetzt. Ein Ersatzanspruch entsteht in den zur Rede stehenden Fällen nur kraft besonderer Bestimmung. Eine solche enthält § 844 II bezüglich der gesetzlichen Unterhaltsansprüche (1). Dagegen sind Vertragsforderungen, die an die Lebenszeit des Schuldners geknüpft sind, und welche durch die Tötung des Schuldners vorzeitig abgeschnitten werden, schutzlos (2). Desgleichen sehe ich im Gegensatz zu *Kohler* (3) keine Möglichkeit, bei Tötung des Leibrentenberechtigten etwa dem Erben desselben einen Ersatzanspruch auf die bei Lebzeiten des Berechtigten voraussichtlich noch zu leistenden Renten zu gewähren.

Auch die Verletzung naturaler Ansprüche kann unter Umständen einen Schadenersatzanspruch hervorrufen.

Unter § 823 I fallen weiterhin die als subjektive Rechte anerkannten *Erwerbsanwartschaften*. Soweit diese obligatorischen Charakter tragen (z. B. Anwartschaften des Destinatars einer Stiftung oder einer Auflage, des Empfängers einer Offerte) sind sie in der gleichen Weise zu beurteilen wie die obligatorischen Ansprüche. (4) Zu den in Form absoluter Rechte anerkannten Erwerbsanwartschaften gehören vor allem die Aneignungs- und Urheberrechte. Bezüglich der letzteren ist darauf aufmerksam zu machen, dass ein Schutz gegen Schädigung nicht anerkannt wird, wenn die Verleihung des Rechtscharakters materiell nicht begründet ist. So z. B. wenn irrtümlich einer Erfindung ein Patent zuerkannt wird, deren Verwertung

(1) Cf. Kohler *Lehrbuch* II 1 S. 483 f.; Crome *System* II 1080 f.

(2) Cf. Schollmeyer *Recht der einzelnen Schuldverhältnisse* 110; Crome *System* II 1080 A. 71. — Die Anwendbarkeit des § 826 ist wohl als praktisch ausgeschlossen zu erachten.

(3) *Lehrbuch* II 1 S. 527 f. — Kohler übersieht m. E. das Erfordernis der Identität des Subjekts des primär und des sekundär verletzten Rechtsguts für § 823 I. — Wie hier wohl Crome *System* II 1031.

(4) Cf. Kohler *Lehrbuch* II 1 S. 526 f. bezüglich der durch Vertragsangebot entstandenen Rechtslage.

den guten Sitten zuwiderläuft (1). Ebenso muss auch rücksichtlich des Warenzeichenrechts entschieden werden (2).

Auch die Verletzung rein tatsächlicher Erwerbsanwartschaften kann Grundlage einer Schadenersatzverpflichtung werden, § 252 bestimmt, dass auch der „ entgangene Gewinn " zu ersetzen ist. Soweit die Beeinträchtigung einer nur tatsächlichen Erwerbsanwartschaft zugleich mit der Verletzung eines durch besondere Bestimmung geschützten Interesses (3) geschieht, gründet sich der Ersatzanspruch gleichfalls auf diese Bestimmung; andernfalls ist ein Schutz nur auf Grund des § 826 möglich. Fälle: Verhinderung des Finders an der Besitzergreifung (4), Verhinderung an der Aneignung einer herrenlosen Sache (5), Vereitlung der Vermächtnisleistung durch den Beschwerten vor dem Erbfall (6), Benachteiligung des Vertragserben durch dolose Verfügungen des Erblassers (7), Benachteiligung des gewerbsmässigen Vermittlers durch Vereitlung des Provisionsanspruchs infolge gegen die guten Sitten verstossenden Verhaltens der Geschäftsparteien. Erfordert ist in allen Fällen eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Erwerbs, cf. § 252: „ welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen,

---

(1) Das Reichsgericht (Jur. Woch. 1908 S. 577) verneint die Berechtigung zur öffentlichen Ankündigung der irrtümlich patentierten Erfindung.

(2) Das Reichsgericht (Jur. Woch. 1908 S. 575) hat die Bestrafung wegen öffentlicher Ankündigung eines für unzüchtigen Gebrauch bestimmten Gegenstandes gebilligt, obgleich für den Gegenstand ein Warenzeichen eingetragen war. Die Eintragung des Warenzeichens dagegen bezeichnete es als zulässig, weil eine dem § 1 des Patentgesetzes entsprechende Bestimmung, wonach Erfindungen ausgenommen sind, deren Verwertung den guten Sitten zuwiderläuft, im Warenzeichengesetze fehle. M. E. ist aus allgemeinen Rechtsgründen die Eintragung eines Warenzeichens für einen zu unsittlichem Gebrauch bestimmten Gegenstand unzulässig, ebenso wie die angezogene Bestimmung des Patentgesetzes nicht ausdrücklicher Hervorhebung bedarf, sondern nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes ist, dass die rechtliche Anerkennung unsittlichen Interessen nicht zuteil werden kann.

(3) In Betracht kommt vornehmlich die Beeinträchtigung der „ Freiheit " nach § 823 I; cf. Planck § 823 N. II 1 d.

(4) Cf. Planck § 965 N. 1 b.

(5) Cf. Planck § 958 N. 2.

(6) Cf. Planck § 2179 N. 3.

(7) Cf. Planck § 2287 N. 2 b.

insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte."

Erwerbsanwartschaften, welche auf unsittlicher Grundlage beruhen, sind von dem Rechtsschutze gegen Schädigung ausgeschlossen (1).

3. Zu den Garantien gegen Verminderung des Vermögens gehören in erster Linie die Ansprüche auf *Arbeits- und Dienstleistungen*. Ihre Verletzung durch den Verpflichteten ruft einen Ersatzanspruch nach Massgabe des § 280 hervor. Eine Verletzung durch Dritte ist in doppelter Form möglich. Zunächst durch Tötung oder Verletzung oder Freiheitsberaubung der Person des Verpflichteten, in deren Folgeerscheinung dieser die Dienste nicht weiter leisten kann. Da hier das Subjekt des (sekundär) verletzten Vermögensobjekts nicht identisch ist mit dem Subjekt des primär verletzten Rechtsguts, so ist die Anwendbarkeit des § 823 I ausgeschlossen. Ein Ersatzanspruch ist hier nur gegeben auf Grund des § 826 (z. B. für den Fall der Freiheitsberaubung) und auf Grund des § 845. Eine Beeinträchtigung des Anspruchs auf Dienstleistungen ist weiterhin in der Art möglich, dass der Verpflichtete zur Verweigerung der Dienste veranlasst wird. In diesem Falle wird ein Ersatzanspruch auf Grund des § 823 zu rechtfertigen sein, da das widerrechtliche Verhalten direkt gegen den Anspruch des Dienstberechtigten gerichtet ist (2).

Zu den Sicherungsgarantien gehören ausserdem die Anwartschaften auf Grund von *Versicherungen* (mit Ausnahme der Lebens- und Kapitalversicherungen) und die Anfechtungs- usw. Rechte. Eine unmittelbare Beeinträchtigung dieser Rechte ist nur in der Form möglich, dass eine mit der Wahrung dieser Rechte betraute Person pflichtwidrig handelt. Von praktischer Bedeutung ist die Frage geworden, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ersatzpflichtig ist, wenn er durch Unterlassung des Klebens von Invalidenmarken dessen

(1) Cf. Crome *System* II 72, Fischer *Schaden* 62. — Trinkgeldereinnahmen eines Beamten werden regelmässig nicht als schutzwerte Anwartschaft anzuerkennen sein. Dagegen werden sie z. B. zu Gunsten eines Strassenbahnschaffners Berücksichtigung finden können.

(2) Cf. Kohler *Lehrbuch* II 1 S. 525 f.

Anspruch auf Invalidenrente zum Untergang bringt. Das Reichsgericht hat sich zunächst in einer Reihe von Entscheidungen auf den Standpunkt gestellt, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet sei, weil seine Verpflichtung keine privatrechtliche sondern eine öffentlichrechtliche sei. Die neuere Judikatur (1) dagegen erkennt seine Ersatzpflicht an wegen Verstoss gegen § 242 für den Fall des Bestehens einer Verkehrssitte, dass der Arbeitgeber die für den Arbeiter aus der Invalidenversicherung entstehenden Pflichten selbst übernimmt; der Arbeitgeber muss gegenüber dem sich auf den Brauch verlassenden Arbeiter seine Leistung als Arbeitgeber so bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Eine mittelbare Beeinträchtigung findet statt, wenn der Berechtigte an der Wahrung der Rechte durch Zwang oder Täuschung verhindert wird. Ein Schadenersatzanspruch ist hier auf Grund des § 823 I zu gewähren.

Eine besondere Betrachtung erfordern die an die Persönlichkeit bezw. ihre wirtschaftliche Leistungskraft (2) und an die Erwerbsunternehmung geknüpften Erwerbserwartungen und Sicherungsgarantien.

4. Die *Arbeitskraft* des Menschen ist für ihn seine erste und wichtigste, in vielen Fällen seine einzige Erwerbsquelle. Jede Beeinträchtigung derselben kann ihm schwersten Schaden zufügen.

Die Erwerbsfähigkeit ist zunächst gebunden an den Besitz bestimmter körperlicher und geistiger Eigenschaften und Fähigkeiten. Wird die Person in diesen Eigenschaften und Fähigkeiten beeinträchtigt, so hat dies regelmässig eine Verschlechterung ihrer Position im wirtschaftlichen Kampfe zur Folge. Gegen solche Schädigung verleiht § 823 einen Anspruch auf Schadenersatz, der sich also darauf zu richten hat, dass eine entsprechende anderweite Stärkung der

(1) Cf. OLG Cöln vom 9. X. 07, RG E 63 S. 53.

(2) v. Liszt *Deliktsobligationen* 63 will den Schaden, der die Erwerbsstellung betrifft, sowohl von dem Vermögensschaden als auch vom nichtvermögensrechtlichen Schaden unterscheiden; die „Erwerbsstellung" sei ein selbständiges durch besondere Vorschriften geschütztes Rechtsgut. Ich sehe keinen zwingenden Anlass zu dieser Unterscheidung.

wirtschaftlichen Position eintrete: § 843 durch Entrichtung einer Geldrente=Bereitstellung der andern Erwerbsquelle Kapital. Für den Umfang der Ersatzpflicht kommt nicht nur die bereits vorhandene, sondern auch die künftige Erwerbsfähigkeit in Betracht. „ Bei der Frage nach der Entschädigung eines erwerbsunfähig gewordenen Fabriklehrlings, welcher die Absicht hatte, eine höhere technische Schule zu besuchen und sich zum Ingenieur auszubilden, was den sozialen Verhältnissen seiner Eltern entsprochen hätte, darf man durch die unerfüllbare Forderung eines sicheren Beweises den Kläger nicht rechtlos machen " (1).

Die Erwerbsfähigkeit ist zweitens dadurch bedingt, dass der Erwerbstätige die Möglichkeit besitzt, seine Arbeitskraft in einem Arbeits- oder Dienstverhältnis verwerten zu können. Für den Erwerbstätigen kann deshalb eine schwere Schädigung eintreten, wenn er aus seinem Dienstverhältnis entlassen oder wenn ihm die Eingehung eines Dienstverhältnisses erschwert oder unmöglich gemacht wird. Gegen solche Schädigung ist ein Ersatzanspruch auf Grund des § 823 I allgemein nur dann möglich, wenn die Schädigung Folge eines primären Angriffs auf die „ Freiheit " des Erwerbstätigen ist. (2 3) In Betracht kommen daneben die §§ 824 und 826. § 824 gewährt einen Ersatzanspruch in den Fällen, wo jemand durch Behauptung oder Verbreitung unwahrer Tatsachen in seinem „ Erwerb oder Fortkommen " beeinträchtigt wird, § 826 trifft vornehmlich die Schädigungen durch *Verruf* (schwarze Liste, Ausschluss vom Arbeitsnachweis) und *Aussperrung*.

Die Frage, in welchen Fällen Massnahmen, welche einen Arbeiter

---

(1) In Seufferts Archiv 42 N. 296 S. 423 ff. mitgeteilte Entscheidung (zitiert Mauczka *Rechtsgrund des Schadenersatzes* 17). Den gleichen Gedanken vertritt die Jur. Woch. 1907 S. 255 mitgeteilte Entscheidung des Reichsgerichts. Cf. auch Kohler *Lehrbuch* II 1 S. 481.

(2) Cf. Planck § 823 N. II 1 d.

(3) Pape *Folgen der Verrufserklärungen* 264 will ein durch § 823 I geschütztes „ Individualrecht jedes in irgend einem Fach kundigen Arbeiters " anerkennen. Ich kann mich damit nicht befreunden. Weshalb soll nebenbei der ungelernte Arbeiter keinen Schutz erhalten? Gegen das „ Recht auf freie Ausnutzung der Arbeitskraft " RG E 51 S. 378. Cf. auch Oertmann § 823 N. 3 b.

von der Arbeitsgelegenheit ausschliessen, als unsittlich zu charakterisieren sind und deshalb einen Ersatzanspruch entstehen lassen, ist in diesem Zusammenhange nicht zu erörtern (1); hier genügt die Feststellung, dass Doktrin und Judikatur (2) unter bestimmten Voraussetzungen einen Ersatzanspruch zuerkennen und damit die Zugehörigkeit der Erwerbsfähigkeit der Person zu dem vom Schadenersatzrecht geschützten Vermögen dokumentieren.

Im Falle sekundärer Vermögensschädigung kann auch Ersatz für das freiwillige Ausscheiden aus einem Dienstverhältnis oder die Ausschlagung einer offenen Stelle verlangt werden, so bei arglistiger Täuschung und im Falle des § 1298 BGB (3).

Die Gerichte benutzen den § 826 auch dazu, um Gehaltssätze, die zu niedrig sind, auf eine angemessene Höhe zu bringen (4).

5. Bezüglich des Schutzes der *Erwerbsunternehmung* gegen widerrechtliche Schädigung ist zunächst die Lehrmeinung zu erwähnen, welche den bereits eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Gegenstand eines subjektiven Rechts und „ sonstigen Rechts " im Sinne des § 823 ansieht (5). Ich kann mich dieser Auffassung mit Planck (6) nicht anschliessen. Dass der Schutz durch das Wettbewerbsgesetz einerseits, die §§ 824 und 826 BGB andererseits in manchen Fällen als ungenügend zu erachten ist, kann keinen Grund dafür abgeben, den Gewerbebetrieb durch ungerechtfertigte Verleihung der Form eines subjektiven Rechts des Schutzes aus § 823 I teilhaftig zu machen. Uebrigens ist auch nicht einzusehen, weshalb nur der „ eingerichtete und bereits ausgeübte " Gewerbebetrieb den besonders starken Schutz geniessen soll.

---

(1) Sachlich schliesse ich mich der Meinung *Oertmanns* an, cf. dessen kurz zusammenfassende Darstellung in „ *Schwarze Listen und Sozialpolitik* " (Kölnische Zeitung N. 246 v. 8. III. 09).

(2) Bes. E 57 S. 418 ff. Planck § 826 N. 2 c β.

(3) Cf. Planck § 1298 N. 1 und die dort angeführte Judikatur.

(4) Cf. Bachem § 826 S. 811 f.

(5) Cf. Oertmann § 823 N. 3 b, Kohler *Lehrbuch* II 1 S. 520, Pape *Folgen der Verrufserklärungen* 256 f., 261 -263. Auch das Reichsgericht ist dieser Lehrmeinung beigetreten, cf. die Nachweisung bei Planck II 972 f.

(6) § 823 N. II 1 f γ.

Die Erwerbsunternehmung wird geschützt durch die Schadenersatzansprüche auf Grund des Gesetzes gegen den unlautern Wettbewerb vom 7. Juni 1909 und auf Grund der §§ 824 und 826 BGB (1). Als Tatbestände zum Ersatz verpflichtender Schädigung sind zu nennen:

Schädigung des Kredits — Wettbewerbsgesetz § 14, BGB § 824. Betreffend Haftpflicht der Auskunfteien interessante Entscheidung des Landgerichts Cöln vom 28. IX. 07 (mitgeteilt Kölnische Volkszeitung N. 7 v. 3. I. 1908).

Verkaufsboykott — cf. *Pape* loc. cit. 256 f. Einkaufsboykott — cf. *Pape* loc. cit. 261. Schädigung durch Arbeitersperre, so dass der Betrieb wegen Mangels an Arbeitern nicht fortgeführt werden kann — cf. *Pape* loc. cit. 262 f.; E 60 S. 94: Veranlassung einer Arbeitersperre seitens der Konkurrenz.

Unlautere Reklame — Wettbewerbsgesetz §§ 1, 13 mit 3, 6, 8, 10.

Gebrauch fremder Firmennamen, Geschäftsgeheimnisse, Vorlagen, Modelle, Rezepte usw. — Wettbewerbsgesetz §§ 16—19, E 65 S. 333, Reichsgericht in Deutsche Juristen-Zeitung 1904 S. 553, Begründung zum Entwurf des Wettbewerbsgesetzes S. 22.

Anstellung von Angestellten eines Konkurrenzunternehmens zum Zwecke des Kundenfangs — Reichsgericht vom 20. II. 06 in Jur. Woch. 1906 S. 198.

Verleitung eines Angestellten zur Verwertung oder Mitteilung von Geschäftsgeheimnissen usw. — Wettbewerbsgesetz § 20.

Verleitung eines Angestellten zum Vertragsbruch — cf. *Planck* § 826 N. 2 c α und die dort aufgeführte Judikatur des Reichsgerichts, Begründung zum Entwurfe des Wettbewerbsgesetzes S. 10.

Beeinträchtigung eines fremden Erwerbsunternehmens durch Benutzung eines formalen Rechts — E 53 S. 171: Anmeldung eines Zeitungsnamens zum Postvertriebe, um den Gebrauch dieses Namens unmöglich zu machen; Reichsgericht vom 14. X. 04 (Recht 1904 S. 630): Annahme einer Firma zu demselben Zwecke.

Schädigung des Absatzes eines Geschäfts durch Verschleuderung

(1) Cf. Planck § 826 N. 2 c β.

der von ihm hergestellten Erzeugnisse — Reichsgericht v. 30. IV. 06 (mitgeteilt *Bachem*, § 826 S. 813).

Bestechung von Angestellten — Wettbewerbsgesetz § 12.

6. Das Vermögen kann endlich auch geschädigt werden, ohne dass das zum Schadenersatz verpflichtende Verhalten irgend ein bestimmtes Vermögensstück beeinträchtigt, sofern der Vermögenseigner zur Beseitigung eines ihm unerwünschten Zustandes oder auch infolge einer rechtlichen Verpflichtung zu *Aufwendungen* veranlasst wird. In der Notwendigkeit dieser Aufwendungen liegt der Vermögensschaden beschlossen, und geschädigt ist in diesen Fällen das *Vermögen als Ganzes* mit Rücksicht auf seine wirtschaftliche Zweckbestimmung. Solche Schädigung liegt vor, wenn eine Verletzung des Körpers oder der Gesundheit Heilungskosten notwendig macht (1) oder eine Vermehrung der Bedürfnisse hervorruft (§ 843), wenn der Vermögenseigner zur Eingehung von Verbindlichkeiten bestimmt wird, wenn er durch materiell unrichtiges Urteil zu Leistungen verpflichtet wird (2), wenn ihm durch die gerichtliche Verteidigung seines Rechts Kosten erwachsen (3), wenn er durch Täuschung zu übermässig hohen Leistungen veranlasst wird (4 5). Anzufügen sind die Fälle zu Ersatz verpflichtender Vermögensgefährdung, z.B. durch unrichtige Auskünfte (6), durch irreführende Raterteilung seitens

---

(1) Wie der Ersatzberechtigte das erhaltene Geld verwendet, ist seine Sache. Der Schädiger hat den zur Heilung erforderlichen Betrag zu leisten, weil der Verletzte ein Interesse daran hat, dass ihm die Wiederherstellung möglich gemacht werde, und dieses Interesse eben diesen Betrag erfordert; wenn nachher das Geld nicht zur Heilung verwendet wird, entspringt daraus für jenen kein Rückforderungsrecht.

(2) Cf. Entscheidungen des Reichsgerichts in Jur. Woch. 1908 S. 38 und Jur. Woch. 1905 S. 683; zu vergleichen auch die für das Allgemeine Landrecht geltende Entscheidung in E 46 S. 75; Planck § 826 N. 2 f.

(3) Das OLG München hat die Klage gegen einen wegen Wettbewerbsvergehen Verurteilten auf Ersatz der Kosten zur Herbeiführung der Beweisstücke (Kleider) als berechtigt anerkannt. (Sammlung für Entscheidungen des OLG München Bd VIII N. 52).

(4) Cf. Urteil des Reichsgerichts vom 8. XI. 07 betreffend Verschleierungsmanöver der Konkurrenten bei Submissionen.

(5) Crome *System* II 1019 erwähnt den Fall, dass ein Wahlmann an der Benutzung des fahrplanmässigen Zuges verhindert wird und nun einen Extrazug nehmen muss, um rechtzeitig zur Wahl zu kommen. Ebenso v. Liszt *Deliktsobligationen* 26.

(6) Cf. RG in Jur. Woch. 1903 Beil. S. 142.

eines Bankiers für den Einkauf von Wertpapieren und durch Ausstellung wahrheitswidriger Zeugnisse (1). In den genannten Fällen ist das schädigende Verhalten des Ersatzverpflichteten direkt gegen das Vermögenssubjekt gerichtet. Es ist aber auch hier möglich, dass das Subjekt des geschädigten Vermögens verschieden ist von dem Subjekt des primär getroffenen Rechtsguts. Eine Ersatzverpflichtung ist hier nur kraft spezieller Bestimmung anzuerkennen, wie sie z. B. § 844 I bezüglich der Beerdigungskosten vorschreibt. Dagegen ist eine Ersatzverpflichtung nicht gegeben zu Gunsten derjenigen, welche durch die Verletzung einer anderen Person zu gesetzlichen Unterhaltsleistungen gezwungen werden. Einen Ersatzanspruch hat hier nur der Verletzte, der aber dem Unterhaltspflichtigen nach Erhalt der Ersatzleistung die von diesem empfangenen Leistungen als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben gehalten sein wird. Es ist nicht zu leugnen, dass die Gewährung des Ersatzanspruchs unmittelbar zu Gunsten des Unterhaltspflichtigen den tatsächlichen Verhältnissen weit mehr gerecht zu werden geeignet wäre.

Das Resultat dieser Untersuchung ist dahin festzustellen, dass gegen schädigendes Verhalten das *gesamte wirtschaftliche Vermögen* Schutz geniesst *mit Ausnahme derjenigen Erwerbsanwartschaften und Sicherungsgarantien, deren Grundlage in einem von der Rechtsordnung ausdrücklich missbilligten Verhältnis besteht.* Aber nicht alle Vermögensstücke geniessen den Schutz in gleichem Umfange, die Spezialisierung der Tatbestände der Schadenersatzverpflichtung hat eine Differenzierung der Stärke des Rechtsschutzes für die einzelnen Vermögensstücke zur Folge. Die auf dem Vermögen lastende Schuldenlast ist mit zu berücksichtigen, indem die Vermehrung der Schuldenlast ebenso einen Vermögensschaden bildet wie die Verringerung des Güterbestandes; aber die Schulden sind nicht Vermögensbestandteile und kein taugliches Objekt für rechtswidriges Verhalten.

---

(1) Cf. Entscheidung des Reichsgerichts v. 17. IV. 05 auf Grund des § 826, in Jur. Woch. 1905 S. 369.

Die gleiche Auffassung des Vermögensbegriffs ist anzuwenden, wo das Vermögen als wehrhaftes Rechtsgut Gegenstand eines *Selbsthilfeschutzes* ist. So insbesondere für das Recht der Notwehr (1) und des Notstandes. Die Hilfe im Sinne der §§ 228 und 904 kann ebenso wie durch ein drohendes damnun emergens so auch durch die Aussicht auf ein lucrum cessans begründet sein (2). Wenn § 228 Feststellung des Verhältnisses zwischen Schaden und Gefahr verlangt, so darf daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass nur die Gefährdung von Vermögenswerten den Tatbestand eines Notstandes erfülle (3); das Affektionsinteresse verdient und benötigt u.U. noch mehr Schutz als das blosse Geldinteresse, und für die Zugehörigkeit einer Sache zum Vermögen ist nicht nur deren Wert entscheidend, sondern in erster Linie ihre Brauchbarkeit für die Nutzungsinteressen des Besitzers.

6. *Das Recht des Privatversicherungsvertrages.*

Da eine durch irgend welche Ursache bewirkte Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage regelmässig vom Vermögenssubjekt selbst zu tragen ist, so geht das Bestreben eines jeden guten Wirtschafters dahin, bei eintretenden Schadenfällen einen Ausgleichsfonds zur Verfügung zu haben. Diesem Zwecke dient das auf dem Prinzip der Schadenverteilung basierte Institut der Privatversicherung, speziell der *Schadenversicherung*.

„ Bei der Schadensversicherung ist der Versicherer verpflichtet, nach dem Eintritte des Versicherungsfalls dem Versicherungsnehmer den dadurch verursachten Vermögensschaden nach Massgabe des Vertrages zu ersetzen " (4). Der Vermögensschaden wird ersetzt, die Versicherung bezweckt also den Schutz des Vermögens des Versicherungsnehmers. Was zu dem Vermögen gehört, bestimmt das Gesetz

---

(1) Cf. Titze *Notstandsrechte* 74.

(2) Ebenso Titze *loc. cit.* 102.

(3) Wie es bei Titze *loc. cit.* 106 und Meumann *Prolegomena* 187 geschieht. Wie hier auch Planck § 228 N. 1 c.

(4) § 1 des Gesetzes über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908.

nicht ausdrücklich, das Vermögen ist vielmehr festzustellen als die Summe der Objekte der versicherbaren Interessen. Ausdrücklich werden als solche genannt: das Interesse an einer Sache (§ 52, HGB § 779), an einem Inbegriff von Sachen (§ 54), am Forderungen (HGB § 779), an dem zu erwartenden Gewinn (§ 53, HGB § 779), die von dem Versicherer übernommene Gefahr (HGB § 779). Damit ist der Kreis der versicherten Interessen nicht erschöpft, man denke nur an die Versicherung gegen Verluste durch Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, gegen Aufwendungen auf Grund gesetzlicher Haftpflicht, gegen Schädigung durch Streik oder Boykott. Allgemein ist zu sagen, dass *jedes wirtschaftliche Interesse* versicherbar ist mit Ausnahme derjenigen, die kraft ausdrücklicher Bestimmung (HGB § 780) oder wegen Unvereinbarkeit mit den guten Sitten des Rechtsschutzes nicht teilhaftig werden können (1).

Die Interessen, welche sich an die *Person des Versicherten* knüpfen, unterliegen nach besonderer Vorschrift nicht der Schadenversicherung, sondern der Personenversicherung. So die Interessen auf Ersatz der Schädigungen durch Krankheit, Unfall, Invalidität, Arbeitslosigkeit. Die besondere Behandlung rechtfertigt sich durch die Eigenart der Verhältnisse, die dadurch hervorgerufen wird, dass als Versicherungsobjekt die Person selbst auftritt. Aber materiell handelt es sich auch in diesen Fällen um Versicherungen gegen zu besorgende wirtschaftliche Schädigungen (2); jedoch können sie kombiniert sein mit einer Art Kapitalversicherung, indem die Leistungen des Versicherers den Betrag des verursachten Schadens übersteigen.

Die Entschädigung bei der Schadenversicherung ist in Geld zu leisten (§ 49). Sie ist in ihrer Höhe beschränkt durch den Wert des versicherten Interesses, den *Versicherungswert* (§ 50). Dieser „ Versicherungswert " ist nicht identisch mit dem Tauschwert. Vielmehr ist er gleich dem Werte der Aufwendungen, die der

(1) Cf. Cosack, *Lehrbuch des Handelsrechts* 716, Ehrenberg *Versicherungsrecht* I 9, 289, 299. Gegen das Erfordernis eines „ rechtlichen " Interesses eingehend Hecker, *rechtliche Natur der Versicherungsverträge* 33—43.

(2) Cf. Ehrenberg *loc. cit.* 7 f., Cosack *loc. cit.* 716.

Geschädigte machen muss, um seine wirtschaftliche Lage wieder in den Zustand zurückzuführen, in dem sie sich ohne die Schädigung befinden würde, ganz ebenso wie es im früheren für das Recht des Schadenersatzes ausgeführt worden ist. In den meisten praktischen Fällen wird der Versicherungswert identisch sein mit dem Tauschwert; wo jedoch Nutzgüter in Frage kommen, bestimmt das Gesetz ausdrücklich, dass nicht der Tauschwert entscheidend ist, sondern der Wert des einzustellenden Ersatzes: §§ 86, 188, 141 II, HBG § 872 (1).

2. Das Kondiktionenrecht.

Der Vermögensausgleichung dient neben dem Schadenersatzrecht das Recht der *ungerechtfertigten Bereicherung*. Es ist zum Hauptteile enthalten im 24. Titel des 2. Buchs des BGB, spezielle Erscheinungsfälle enthalten u. a. der Titel „ Ansprüche aus dem Eigentum ", dessen Vorschriften auf obligatorische Verpflichtungen zur Herausgabe einer Sache analog angewendet werden (BGB § 292) (2), der Titel „ Geschäftsführung ohne Auftrag ", insbesondere die §§ 689 und 687 mit 667, ferner auch das Recht der Sondervermögen in seinen Bestimmungen über die obligatorische Ausgleichungspflicht (cf. §§ 733 II, 1086, 1377 III, 1391 II, 1653, 1659 II, 1390, 1648, 1417, 1466, 1539, 1540, 1959, 1978 I, III, 1991 II, 2043, 2175, 2377, 1976, 2022, 2124 II, 2134, 2375, 2381).

Der ungerechtfertigt Bereicherte ist gehalten, die Bereicherung herauszugeben. Das Gesetz nennt nicht ausdrücklich die Beziehung des Tatbestandes zum Vermögen (3), doch darf man sagen, dass der Ausdruck „ Bereicherung " schon die wirtschaftliche Beziehung klarstellt (4). Die Bestimmung der Tatbestandsmomente „ erlangt "

---

(1) Cf. Begründung zum Versicherungsvertragsgesetz S. 66 zu § 51, S. 99 zu § 86.

(2) Cf. Hartmann *Bereicherungsanspruch* 228 f.

(3) Der Entwurf I enthielt in § 748 die Bestimmung: „ aus dem Vermögen eines Anderen ".

(4) Wie allgemein anerkannt ist. Cf. besonders Kipp bei Windscheid *Pandekten* II 811.

und „ auf Kosten " hat nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu geschehen (1).

Die Bereicherung kann direkt eintreten durch Vermehrung des Aktivbestandes, indirekt durch Verminderung der Schuldenlast (2) und Ersparung von Auslagen. Unter letztere fällt die unentgeltliche Erlangung von Dienstleistungen (3). Der Ausdruck „ auf Kosten " soll nach allgemeiner Auffassung den weiteren Begriff bezeichnen gegenüber dem des „ Erwerbs aus fremdem Vermögen ", er soll die Fälle treffen, „ in denen das Objekt der Bereicherung, ohne bereits in das Vermögen des Kondiktionsberechtigten übergegangen zu sein, doch den Vermögenszustand desselben berührt " (4). Die Unterscheidung ist richtig, allein m. E. nicht aus der Begründung, dass das betreffende Objekt nicht zum Vermögen des Berechtigten gehört habe — wie wohl gemeinhin angenommen wird —, sondern deshalb, weil die Herkunft „ aus " diesem Vermögen nicht zutrifft (5). Dagegen wäre m. E. eine Interpretation des Ausdrucks „ auf Kosten " im Sinne von „ zu Ungunsten eines fremden Vermögens " unangreifbar.

Der Kondiktionenanspruch ist nicht eine Unterart des Schadenersatzanspruchs (6), er gründet sich vielmehr auf einen wesentlich anders gearteten Tatbestand. In diesem ist massgebend neben dem

---

(1) Auch dies ist unbestritten. Cf. v. Mayr *Bereicherungsanspruch* 114 f., Crome *System* II 981 ff., Kohler *Lehrbuch* II 1 S. 462, Cosack *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* I 624, Planck § 812 N. I 1 und 2, Oertmann *Recht der Schuldverhältnisse* S. 912, auch *Motive* II 830.

(2) v. Mayr *loc. cit.* 125 spricht hier von „ negativer Bereicherung ", eine m. E. nicht ganz glückliche Bezeichnung.

(3) Cf. Planck § 812 N. I 1. Irreführend ist es, wenn Kohler *Lehrbuch* II 1 S. 462 in den Diensten einen „ Vermögenserwerb " erblickt.

(4) Cf. Oertmann *loc. cit.*; Kipp bei Windscheid *Pand.* I 812, Planck § 812 N. I 2.

(5) Es ist diesbezüglich an die Erörterung über den Vermögensbegriff im Sinne des Schenkungsrechts zu erinnern.

(6) Cf. Fischer *Schaden* 56 f. Deshalb erscheint es mir nicht richtig, mit Kohler *Lehrbuch* II 1 S. 131 und 479 f., den Bereicherungsanspruch, der auf Grund eines zugleich schadenersatzrechtlichen Tatbestandes erwächst, als „ Erhöhung " des Ersatzanspruchs aufzuführen. Wie Kohler anscheinend auch Oertmann *Recht der Schuldverhältnisse* S. 32: dass der Ersatzanspruch ohne weiteres auch den Inhalt der Bereicherungsansprüche in sich aufnimmt.

Mangel des rechtlichen Grundes (1) die Tatsache der Bereicherung — dass zugleich ein „ Schaden " vorliegt, ist nicht erfordert —, während im Schadenersatzrecht neben dem Rechtsgrunde der Ersatzverpflichtung die Tatsache des Vermögensschadens entscheidend ist, dem eine Bereicherung auf Seiten des Schädigers keineswegs zu entsprechen braucht (2). Und die aus den verschiedenen Tatbeständen erwachsenden Rechtsfolgen sind ebenfalls wesentlich verschieden: der Bereicherungsanspruch bestimmt sich in Bezug auf Objekt und Umfang nach den Verhältnissen auf Seiten des Bereicherten, also des Beklagten, der Schadenersatzanspruch dagegen nach den Verhältnissen auf Seiten des Geschädigten, also des Klägers (3). Das Kondiktionenrecht bildet aber eine wichtige *Ergänzung* zum Schadenersatzrecht. Erstlich nach der Hinsicht, dass dem Bereicherungsanspruch das für den Ersatzanspruch erforderliche subjektive Erfordernis auf Seiten des in Anspruch Genommenen fehlt. Es „ braucht die Bereicherung nur auf Kosten des anderen erlangt zu sein. Und dieses wird häufig die Begründung eines Bereicherungsanspruchs erleichtern, gegenüber stärkeren und im Sonderfalle schwerer beizubringendem Erfordernissen von Ersatzklagen " (4). Eine zweite Ergänzung besteht in zeitlicher Beziehung, indem der Bereicherungsanspruch erst in 30 Jahren verjährt, während die Verjährung des Ersatzanspruchs bereits nach 3 Jahren eintritt. Die dritte Ergänzung besteht darin, dass der Bereicherungsanspruch unter Umständen weiter geht als der Ersatzanspruch, nämlich in allen den Fällen, wo die Bereicherung grösser ist als der korrespondierende Schaden oder wo der Bereicherung überhaupt kein Schaden gegenübersteht bezw. der Schaden in seiner Höhe schwer oder garnicht zu erweisen ist (5).

---

(1) Cf. darüber Oertmann *Recht der Schuldverhältnisse* 914 f. v. Mayr *loc. cit.* 38 ff., 428 f.; Hartmann *loc. cit.* 228 ff.; Crome *System* II 979 ff.; Planck § 812 N. I 3.

(2) Cf. Stammler *ungerechtfertigte Bereicherung* 157.

(3) Im praktischen Falle können natürlich Schaden und Bereicherung identische Grössen sein.

(4) Stammler *loc. cit.* 158; cf. Planck § 812 N. I 3 b α.

(5) Ich denke z. B. an den im Wettbewerbsgesetze § 19 zuerkannten Ersatz anspruch wegen Benutzung von Zeichnungen, Modellen usw.

Kein Schaden liegt z. B. vor, wenn der Bereicherte eine Nutzung gezogen bezw. einen Erwerb gemacht hat, die der Herr des beeinträchtigten Vermögens nicht in Aussicht genommen hatte. Hierunter fällt der bekannte Fall der unbefugten Photographie der Leiche des Fürsten Bismarck. Das Reichsgericht (1) erklärte es für gleichgültig, dass auf der Seite der klagenden Kinder des Verstorbenen ein Vermögensschaden nicht nachgewiesen war, es erkannte den Anspruch auf Herausgabe bezw. Vernichtung der durch das unbefugte Photographieren erlangten Platten, Negative, Photographien als begründet an.

Wie wäre bezüglich des aus dem Verkauf dieser Photographien erzielten Gewinns zu entscheiden? *Stammler* (2) erwähnt folgenden Fall: Als ein Dieb mit gestohlenem Gelde ein Lotterielos gekauft hatte, das dann mit einem Gewinn herauskam, wurde ihm dieser einstweilen gewissenhaft verwaltet und bei seiner Entlassung aus dem Gefängnisse mit Zinsen wiedergegeben, und bemerkt dazu: „ Jedenfalls ist nach der jetzigen Fassung des BGB § 812 kein Grund mehr da, dem Gestohlenen die ungerechfertigte Bereicherung, die der Dieb auf Kosten jenes erlangt hat, vorzuenthalten " (3). Die Entscheidung scheint mir nicht begründet, § 812 kann nicht in Betracht kommen, weil der Umfang der Leistung des Bereicherten ausschliesslich durch § 818 bestimmt wird. Im vorliegenden Falle kann aber der Tatbestand des „ Surrogats " nicht anerkannt werden (4 5).

Der rechtspolitische Grundsatz, dass der Eigner einer Erwerbsquelle ein Recht auf den aus ihr erzielten Gewinn besitzt (6), hat im § 818

---

(1) E. 45 S. 170 ff.; cf. Stammler *loc. cit.* 158, Oertmann *Recht der Schuldverhältnisse* 912.

(2) *loc. cit.*

(3) Stammler fährt fort: „ mag auch ein Zusammenhang nach den Erfordernissen von BGB § 252 nicht nachzuweisen sein ". Diese Erfordernisse kommen m. E. deshalb nicht in Betracht, weil es sich um einen Bereicherungs-, nicht um einem Ersatzanspruch handelt.

(4) Cf. Planck § 818 N. 3, Oertmann § 818 N. 2 c α. Letzterer aber in Widerspruch zu S. 32 N. 7.

(5) Das erwünschte Resultat wird sich aber auf anderem Wege (§ 687 II in Verbindung mit § 667) erreichen lassen.

(6) Cf. v. Petrazycki *Lehre vom Einkommen* I 327.

m. E. keine genügende Berücksichtigung gefunden. Dagegen beruhen auf dieser Grundlage die Entscheidungen, wonach der Ersatzmann zwar das Recht hat, das Interesse des Geschäftsherrn einzuklagen, nicht aber dadurch in die Lage versetzt werden soll, für sich selber dabei einen Gewinn zu machen, ebenso m. E. die Bestimmungen, welche dem Leistungspflichtigen die Verpflichtung der Verzinsung auferlegen (cf. BGB §§ 238, 452, 668, 698, 849, 1834) (1).

Das Kondiktionenrecht ist Vermögensschutz. Dass als „ Vermögen " im Sinne des Kondiktionenrechts nur das Vermögen als Inbegriff wirtschaftlicher Objekte in Betracht kommen kann, ergibt sich daraus, dass die Tatbestandsmomente „ erlangt " und „ auf Kosten " rein wirtschaftlich zu bestimmen sind. Aber wie sonst so gehören auch hier nicht alle Bestandteile des wirtschaftlichen Vermögens dazu, auszunehmen sind — gleich wie im Schadenersatzrechte — die Bestandteile, deren Vermögenszugehörigkeit sich auf ein von der Rechtsordnung missbilligtes Verhältnis gründet. Die Ausnahme ist ausgesprochen in § 817 (2). Der Ausschluss des Bereicherungsanspruchs ist hier darauf gegründet, dass auf Seiten desjenigen, auf dessen Kosten die Bereicherung erlangt ist, eine Beeinträchtigung des rechtlich anerkannten Vermögens nicht vorliegt (3).

---

(1) In den durch diese Bestimmungen geregelten Fällen ist die Tatsache eines Vermögensschadens weder Voraussetzung, noch auch als normalerweise vorhanden zu fingieren. Entscheidend ist vielmehr m. E., dass der Leistungsverpflichtete nicht durch den Besitz eines Kapitals, das einem anderen zusteht, sich die Kapitalnutzungen sichern darf. Aus diesem Grunde geht auch der v. Petrazycki *loc. cit.* II 297 gegen den § 244 des E. II (BGB § 288) aus schadenersatzrechtlichen Erwägungen erhobene Vorwurf fehl.

(2) Kohler *Lehrbuch* II S. 460 will die Leistung des Wucherers nach § 817 als nicht rückforderbar ansehen; aber in *dieser* Leistung liegt doch keine Unsittlichkeit! Auch praktisch wäre solche Entscheidung wenig zweckmässig, würde sie doch einen Anreiz dazu bilden, sich bewuchern zu lassen. — Für die Anwendung des § 817 ist vornehmlich wichtig die Bestimmung des § 138. Aus diesem Zusammenhang ergibt sich betreffend die Auslegung des § 138, dass er nicht auf den dinglichen Vertrag Anwendung finden kann, wie Kohler *Lehrbuch* II 1 S. 103 und 234 bezüglich des sog. Realvertrags annehmen will; andernfalls würde ja trotz § 817 die rei vindicatio Platz greifen, ein Ergebnis, das nicht befriedigen kann.

(3) Mit Recht macht übrigens Hartmann *loc. cit.* 230 darauf auferksam, „ dass § 817 wohl richtiger unter die Vorrschriften über unerlaubte Handlungen gestellt würde ".

C. Der Vermögensbegriff des Strafrechts.

1. Das Verhältnis des strafrechtlichen zum privatrechtlichen Vermögensbegriff.

Es ist eine vielerörterte Frage, ob der juristische Vermögensbegriff, wie er von der privatrechtlichen Doktrin auf Grund der privatrechtlichen Bestimmungen festgestellt ist, massgebend sei für das Strafrecht. Vielfach lautet die Antwort bejahend. Cf. *Merkel:* „ Ob ein Eingriff in die vermögensrechtliche Sphäre vorliege, beantwortet sich nach den Grundsätzen des Privatrechts " (1) und: „ Wo nach privatrechtlichen Grundsätzen eine gewisse Art und Weise des Handelns keine Verletzung fremder Rechte in sich schliesst, da kann eine solche auch im strafrechtlichen Sinn nicht darin gefunden werden " (2); *Stern:* „ Der Begriff des Vermögens ist ein zivilrechtlicher " (3 4).

Die Lehre, dass der privatrechtliche Vermögensbegriff massgebend sei für das Strafrecht, kann für den kein Bedenken haben, der von der sog. accessorischen Natur des Strafrechts ausgeht und dann mit *Titze* (5) argumentieren muss: es sei „ eigentlich

---

(1) In *Holtzendorffs Rechtslexikon* I 346 f.

(2) *Kriminalistische Abhandlungen* II 265 f.

(3) *Verhältnis zwischen Nötigung und Erpressung* 81.

(4) Wenn Binding dagegen als „ schweren methodischen Fehler " bezeichnet, „ wenn versucht wird, aus dem zivilistischen Vermögensbegriffe deduktiv Eigenschaften der einzelnen sogenannten Vermögensverbrechen abzuleiten und sie aus jenem Begriff auszulegen " (*Lehrbuch* 238), so ist zu berücksichtigen, dass er den zivilistischen Vermögensbegriff nicht als richtig anerkennt (A. 2 zu 238). — Für die faktische Identität des strafrechtlichen Vermögens mit dem schadenersatzrechtlichen Vermögen Doerr *loc. cit.* 16 f., 28, 61, 79, Lauterburg *loc. cit.* 184, wohl auch Meumann *Prolegomena* 166. — Das Reichsgericht (E 41 S. 374) nimmt an, dass die Bestimmung des § 252 BGB — im Gegensatz zum früheren Rechte — für das Strafrecht massgebend sei.

(5) *Notstandsrechte* 33.

selbstverständlich ", „ dass die Bestimmungen des Privatrechts als der grundlegenden Rechtsordnung (des droit déterminateur) denjenigen des Strafrechts als der sekundären Norm (des droit sanctionnateur) voranzugehen haben ". In ihrer allgemeinen Form wird diese Lehre heute wohl kaum noch vertreten (1), wohl aber z. T. noch in der Beschränkung auf das Vermögensstrafrecht. So meint *Doerr:* „ Die Subsidiarität des Strafrechts im Kreis der Angriffe auf vermögensrechtliche Interessen wird allseitig anerkannt " (2). Man kann daran denken, dass das Recht der Vermögensdelikte den anormalen, irregulären Güterverkehr betreffe und dass deshalb das Privatrecht als die Regelung des normalen Güterverkehrs für jenes unbedingt und mit vorentscheidender Kraft massgeblich sei. Aber dem steht die Erwägung entgegen, dass das Strafrecht Lücken des Privatrechts auszufüllen berufen sein kann, vor allem auch die Rücksicht auf die zeitliche Priorität des Strafgesetzbuchs gegenüber dem Privatrecht. Differenzen zwischen der Auffassung des älteren und des neueren Gesetzes mögen bedauerlich sein, sind aber an sich nicht unmöglich. Es käme noch in Frage, ob das neuere Privatrecht die Kraft hatte, das Strafrecht materiell zu ändern. Dies ist aber nur insoweit der Fall, als das Privatrecht überhaupt bestimmend auf das Strafrecht einwirkt, nämlich dann, wenn das Strafrecht eine — ausdrückliche oder stillschweigende — Verweisung auf das Privatrecht enthält. (3) Ist eine solche Verweisung mit Rücksicht auf den Vermögensbegriff vorhanden?

Ein Fall solcher Verweisung liegt vor in § 288 StGB, der die Veräusserung und Beseitigung der der Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögensstücke in der Absicht die Zwangsvollstreckung zu vereiteln, mit Strafe bedroht. Hier kann unter „ Vermögen " nur das nach dem materiellen Privatrecht der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen verstanden werden. (4) Aber das „ Vermögen ", das in

(1) Cf. Schmidt in DJZ V 146 ff.; v. Bülow im Archiv für Strafrecht 45 S. 321.
(2) *loc. cit.* 127 f.
(3) Cf. v. Bülow *loc. cit.*
(4) Cf. E XXII 209, Behme der *Schuldner und die drohende Zwangsvollstreckung* 38 ff.

diesem Falle bestimmt ist, ist nicht das Rechtsgut des Vermögens, das durch das Recht der Vermögensdelikte geschützt wird, und deshalb für die Bestimmung dieses Vermögensbegriffs nicht verwertbar.

In der Frage der *stillschweigenden Verweisungen* auf das Privatrecht schliesse ich mich der Ansicht *Zitelmanns* (1) an: „ Weiter kann man auch stillschweigende Verweisungen annehmen, und man hat sie in sehr weitgehendem Masse angenommen, indem man dabei aus der Natur der verletzten Interessen argumentiert hat: überall wo es sich um den Schutz ziviler Rechtsgüter handle, bestimme das Privatrecht mit vorentscheidender Kraft für das Strafrecht, wann ein Schutz dieser Interessen ausgeschlossen sein solle... Das ist ein auf den ersten Blick bestechender Gedankengang, und in beschränktem Masse halte ich ihn auch für richtig... Ich halte jene Auslegung überall da für geboten, wo es sich um den Schutz eines subjektiven Privatrechts handelt... Aber diesen Begriff des subjektiven Privatrechts zum Begriffe des privaten Rechtsguts zu erweitern, fehlt die Berechtigung ". In Konsequenz dessen ist anzunehmen, dass der strafrechtliche Vermögensbegriff aus dem Privatrecht zu entnehmen ist, wenn er als Inbegriff subjektiver Rechte (Vermögensrechte) anzusehen ist, dass er aber nicht durch das Privatrecht massgebend bestimmt ist, wenn das strafrechtliche Vermögen ein von der Summe der Vermögensrechte verschiedenes Rechtsgut darstellt. Im letzteren Falle wäre ein notwendige Abhängigkeit des strafrechtlichen vom privatrechtlichen Vermögensbegriff nicht anzunehmen.

Wie die Uebersicht über die strafrechtliche Doktrin gezeigt hat, ist es streitig, ob das strafrechtlichen Vermögen in diesem oder in jenem Sinne zu bestimmen sei. Die Aufgabe stellt sich deshalb dahin, aus der Betrachtung der einzelnen Vermögensdelikte festzustellen, ob das strafrechtliche Vermögen sich durch die Summe der geschützten Vermögensrechte bestimme oder nicht. Fällt die Entscheidung im Sinne der zweiten Alternative aus, so ist der strafrechtliche Vermögensbegriff direkt aus dem Strafrecht zu bestimmen und zwar als die Summe der tauglichen Angriffsobjekte der Vermögensdelikte.

---

(1) *Ausschluss der Widerrechtlichkeit* 17 f.; cf. auch Binding *Lehrbuch* 240.

2. Die Vermögensdelikte.

Vermögensdelikte heissen alle die strafbaren Handlungen, deren Pönalisierung ausschliesslich oder hauptsächlich deswegen erfolgt, weil sie die Vermögensinteressen einer anderen Person beeinträchtigen. Zu einem Teile wird bereits die Gefährdung des Vermögens pönalisiert, ohne dass schon eine Schädigung eingetreten sein muss, um den Tatbestand des Delikts zu erfüllen; nämlich bei Wucher, Ausbeutung Minderjähriger, Gefährdung des Erfolges einer Zwangsvollstreckung, Bankerott, Glücksspiel und unerlaubtem Lotteriehalten. Nach dem strengen Wortlaut des Gesetzes gehört auch die Erpressung (§ 253) hierher, jedoch besteht Uebereinstimmung, dass hier ein Fehler des Gesetzes vorliegt (1). Ihrer Natur nach gehört die Erpressung zu der anderen Gruppe der Vermögensdelikte, den Schädigungsdelikten, wie dies auch in dem *Entwurf der Strafgesetznovelle* und in dem *Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch* (§ 275) anerkannt wird.

Die Vermögensschädigungsdelikte bedürfen einer Gruppierung nach zwei Gesichtspunkten. Erstens sind Delikte zu unterscheiden, welche nach ihrer besonderen Natur nur bestimmtgeartete Vermögensstücke angreifen können: Raub, Diebstahl, Unterschlagung, Sachbeschädigung, Hehlerei, strafbare Handlungen gegen Forderungs- und Zweignungsrechte, und solche, die sich gegen jedes beliebige Vermögensstück richten können: Betrug, Erpressung, Untreue (2).

Eine zweite Einteilung unterscheidet von den reinen Schädigungsdelikten die Bereicherungsdelikte, die neben der Vermögensschädigung gewinnsüchtige Absicht des Täters erfordern. Zu den letzteren gehören

(1) Cf. Merkel in *Holtzendorffs Handbuch* III 733, *Begründung zum Vorentwurf* 756. Haelschner *Gemeines Deutsches Strafrecht* II 383 stellte das Erfordernis der Vermögensbeschädigung auf, die herrschende Lehre lehnt dies jedoch mit Recht ab.

(2) Dazu soll nach dem *Vorentwurf* die arglistige Vermögensbeschädigung § 291, treten.

vor allem Betrug und Erpressung (1). Die Untreue kann reines Schädigungsdelikt sein, sie kann auch Bereicherungsdelikt sein und ist in diesem Falle qualifiziert (§ 266 II). Diebstahl, Unterschlagung und Raub nehmen eine Sonderstellung ein, indem sie weder reine Schädigungsdelikte noch auch notwendig Bereicherungsdelikte sind. Der Begriff der „ rechtswidrigen Zueignung " geht über die Bereicherung hinaus, ist aber enger als die blosse Schädigung.

Vermögensschutz enthält auch die Strafdrohung gegen einige Delikte, bei denen das Vermögen sekundäres Angriffsobjekt ist, aber diese seine Bedeutung in der Qualifikation dieser Delikte zeigt. Die Tatbestände der reinen Vermögensdelikte erfahren auf diese Art eine wichtige und notwendige Ergänzung. Zu nennen sind die qualifizierten Urkundendelikte und die Delikte, bei denen dem Verletzten ein Busseanspruch zugebilligt ist (StGB § 188 u. a.).

---

(1) Nach dem Wortlaut des Gesetzes fehlt im Tatbestande der Erpressung das Moment der Vermögensschädigung. Nach richtiger Ansicht aber schliesst die Absicht auf den rechtswidrigen Vermögensvorteil die Absicht auf die Vermögensschädigung ein. Cf. Binding *Normen* I 219 f: „ Das Verbot der widerrechtlichen Bereicherung kann nicht ohne widerrechtliche Schädigung fremden Vermögens übertreten werden, schliesst somit das Verbot dieser Schädigung in sich ". Die Rechtsprechung hat sich allerdings diese Auffassung nicht zu eigen gemacht. Cf. *Begründung* zum *Entwurf einer Strafgesetznovelle* S. 20. Daselbst wird angemerkt: „ Es ist nicht anzunehmen, dass die Ausdehnung, welche nach der jetzt herrschenden Auffassung dem § 253 gegeben wird, von dem Gesetzgeber beabsichtigt war. Vermutlich hat man es nicht für nötig erachtet, das Erfordernis der Vermögensbeschädigung besonders hervorzuheben, weil nach früherem preussischen Rechte ein Schaden auf Seiten des Anderen für ein selbstverständliches Korrelat des rechtswidrigen Vermögensvorteils gehalten wurde (zu vergleichen Goltdammer Materialien zum preussischen Strafgesetzbuche S. 522). " — Nach dem *Entwurfe der Strafgesetznovelle* soll § 253 folgende Fassung erhalten: „ Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er durch Gewalt oder Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird wegen Erpressung... bestraft ". Der *Vorentwurf* befürwortet folgende Fassung: „ Wer, abgesehen von den Fällen des § 274 (dieser enthält die Strafandrohungen gegen Raub und räuberische Erpressung), in der Absicht, sich oder einem Dritten unrechtmässigen Gewinn zu verschaffen, einem anderen durch Gewalt oder durch Drohung einen Vermögensvorteil abnötigt, wird... bestraft ".

3. Das Schutzobjekt der Vermögensdelikte.

I. Die Erörterung wird zweckmässig bei den Delikten einsetzen, welche sich im Einzelfalle gegen jedes beliebige Vermögensstück richten können, also vornehmlich *Betrug*, *Erpressung* und *Untreue*. Dabei ist aber zu beachten, dass der Tatbestand der Vermögensschädigung bei Betrug und Erpressung nicht in seinem ganzen Umfang zu Tage treten kann, weil nämlich *a)* die Schädigung zugleich die Grundlage eines Vermögensvorteils sein muss, und weil *b)* die Schädigung und die Bereicherung durch eine Disposition der getäuschten bezw. bedrohten Person geschehen muss.

Die ältere Lehre sieht den Tatbestand einer Vermögensschädigung nur dann als gegeben an, wenn ein Vermögens*recht* verletzt wird. Cf. *Merkel* (1): „ Zum Betrug gehört ein Eingriff in fremde Vermögensrechte. Darin liegt, dass eine Entziehung von Vermögensobjekten, auf deren Besitz der Andere kein Recht hatte, den Tatbestand des Verbrechens nicht herstellen kann. Nur Rechte, nicht blosse Prätentionen oder faktische Zustände, welche einer rechtlichen Anerkennung nicht teilhaftig sind, können als die für die Behandlung der Verbrechen zunächst entscheidenden Angriffsobjekte derselben gelten... Es kann hiernach dem Diebe die gestohlene Sache, juristisch betrachtet, weder gestohlen noch durch Betrug entzogen werden. Es kann der vermeintliche Gläubiger nicht um Forderungen betrogen werden, die er sich zu haben bloss einbildet, nicht um Ansprüche aus unerlaubten Geschäften, oder sonst als nichtig charakterisierte. Es kann ferner derjenige, welcher beliebige Gegenstände widerrechtlich zurückhält, nicht um die Herrschaft über dieselben betrogen werden etc. ". Diese Ausführung entspricht durchaus der Auffassung, welche als das strafrechtlich geschützte Vermögen das juristische Vermögen im Sinne eines Inbegriffs der

(1) *Krim. Abh.* II 1. Abt. S. 101, cf. auch in *Holtzendorffs Rechtslexikon* I 346 f.

Vermögensrechte ansieht; *Binding* (1) hält darum mit Entschiedenheit an ihr fest. Die Rechtsprechung dagegen — und ihr folgend die neuere Doktrin in der überwiegenden Zahl ihrer Vertreter — ist unter dem Zwange der praktischen Notwendigkeit über den Tatbestand der Schädigung eines Vermögensrechts hinausgegangen, indem sie das Bestehen einer schutzwerten wirtschaftlichen Position als entscheidend angesehen hat (2). Deliktische Vermögensschädigung ist danach anzunehmen in der Entziehung des Besitzes (3), der festen Kundschaft (4), eines mit Sicherheit zu erwartenden Gewinns (5), in der Vereitlung der noch nicht zum rechtlichen Anspruch erstarkten Anwartschaft auf Entgelt für Arbeits- und Dienstleistungen (6).

Nur die wirtschaftliche Betrachtungsweise gestattet es, in der *Uebernahme einer Verbindlichkeit* eine Vermögensschädigung zu ersehen. Die herrschende Lehre argumentiert: „ Da die Uebernahme einer Verbindlichkeit für den Schuldner einen Vermögensschaden darstellt und jede Definition unrichtig ist, welche nicht alle von derselben zu umfassenden Fälle wirklich umfasst, hat man „ Vermögen " im Sinne des Betrugsbegriffs in dem juristisch-technischen Sinne zu nehmen als den Gesamtgeldwert der Bestandteile des Vermögens einer bestimmten Person an Aktivis und Passivis " (7). Darin ist klar

---

(1) Cf. *Lehrbuch* 341 ff.

(2) Cf. Doerr *loc. cit.* 18. — v. Liszt nennt *Lehrbuch* 419 f. den Betrug ein Delikt, das im Einzelfalle „ gegen jedes beliebige Vermögensrecht " sich richten kann, sieht ihn aber im Falle der Vereitlung eines mit Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Gewinns als gegeben an (S. 467). Hier besteht aber kein Vermögens*recht*!

(3) Cf. Doerr *loc. cit.* 18, Binding *Lehrbuch* 244, Meyer-Allfeld *Lehrbuch* 474.

(4) Cf. Doerr *loc. cit.* 18, Meyer-Allfeld *Lehrbuch* 480; E VI 75, XXVI 227. — A. A. Frank § 263 N. V.

(5) Cf. v. Liszt *Lehrbuch* 467, Meyer-Allfeld *Lehrbuch* 480; E 41 S. 374; a. A. Frank § 263 N. V.

(6) Rotering in Gerichtssaal 60 S. 264 f. — Nicht beizustimmen ist ihm allerdings, wenn er „ Vermögenszugehörigkeit " der Dienstleistungen annimmt und diese in deren „ Tauschwerteigenschaft " begründet findet. Dienstleistungen als solche können nie zum Vermögen zählen, nur die Entgeltansprüche oder Entgeltanwartschaften für die geschehenen Leistungen. — Auch Rotering *Fraudulöse Vermögensbeschädigung* 428 und Wagner *Beitrag zur Lehre von den Objekten des Verbrechens* 80.

(7) *Vermögensbeschädigung bei Betrug* S. 359 ff.

ausgesprochen, dass in der Uebernahme einer Verbindlichkeit ein Vermögensschaden nicht erblickt werden kann, wenn das Vermögen nichts anderes ist als eine Summe von Rechten und Verbindlichkeiten. Denn von einem deliktischen Angriff können nur die einzelnen Rechte, nicht die Summe der Rechte getroffen werden. Gegen die Verbindlichkeiten aber ist logischerweise ein Angriff nicht möglich, eine Beeinträchtigung der Schulden würde ja eine Begünstigung des Verletzten sein! (1)

Die Umwandlung des Vermögens in eine Wertsumme zeigt an, dass nur eine wirtschaftliche Betrachtungsweise helfen kann. Allerdings die Auffassung von dem Gesamtgeldwert kann nicht als richtig anerkannt werden, wie nachher zu erweisen sein wird. (2) Die Belastung mit einer Verbindlichkeit, die direkt nicht den Vermögensbestand, sondern die Person des Vermögenssubjekts mit Rücksicht auf dessen Vermögensbesitz trifft, kann als Beeinträchtigung des Vermögens nur in der Art in Betracht kommen, dass die Vermögensmacht der Person beeinträchtigt wird, das ist der ihrer Verwaltung und Verwendung unterworfene wirtschaftliche Zweckinbegriff (3).

---

(1) Wenn Binding *Lehrbuch* 239 ausführt: „ Zu dem Vermögen im strafrechtlichen Sinne gehören natürlich auch die Schulden. Nicht selten bezweckt gerade die verbrecherische Handlung, ihren Urheber von Schulden widerrechtlich zu befreien. Dass darin zugleich ein Angriff auf die Rechte des Gläubigers liegt, ändert nichts daran, dass dieser Angriff sich direkt wider den Schuldbestand richtet ", so übersieht er, dass doch der Schuldbestand auf Seiten des Täters nicht als Angriffsobjekt in Betracht kommen kann. Dann würde dieser ja sein eigenes Vermögen schädigen!

(2) Mit Recht betont Rotering *Betrug* S. 424 f., auch 419, 422 die geradezu unüberwindlichen Schwierigkeiten, welche sich einer genauen und genügenden Feststellung des Werts entgegenstellen. — Ebenso Rotering *Betrug, Willenserschleichung, Willensumgehung* 247. — Auch die Judikatur wird durch das Erfordernis des Werts des Vermögensschadens vor überaus grosse Schwierigkeiten gestellt und ist nicht selten gezwungen, den Deliktstatbestand zu verneinen, wo die Annahme desselben durchaus gerechtfertigt wäre. Sie sucht sich z. T. dadurch zu helfen (cf. z. B. E 41 S. 374), dass sie den Tatbestand eines versuchten Betrugs annimmt. Allein der Tatbestand eines Betrugsversuchs kann doch mit Bezug auf die tatsächliche Gestaltung der Erfordernisse der Vermögensbeschädigung wie auch der Bereicherung gar nicht anders geartet sein als der Tatbestand des vollendeten Betrugs.

(3) Der strafrechtliche Vermögensbegriff ist identisch mit dem Vermögensbegriff des Ausgleichungsrechts, nicht infolge begrifflicher Abhängigkeit von diesem, sondern wegen der Identität des Rechtszwecks.

Zu dieser Vermögensmacht gehören der Besitz an Sachgütern allgemein, die Nutzungsrechte an Energien (1), die rechtlich anerkannten Erwerbsanwartschaften (Ansprüche, naturale Ansprüche (2), Rechte, tatsächliche Anwartschaften) und Sicherungsgarantien, soweit sie übertragbar sind. (3) Ausgeschlossen sind die nicht rechtlich begründeten Nutzungsmöglichkeiten an Energien und die missbilligten Erwerbsanwartschaften und Sicherungsgarantien.

Das Vermögen kann nicht nur in diesen einzelnen Bestandteilen, sondern auch in seiner Gesamtheit angegriffen werden. Letzteres ist der Fall bei der Uebernahme von Verbindlichkeiten und Verpflichtungen.

Als Konsequenz der hier vertretenen Auffassung des Vermögensbegriffs ergibt sich, dass für die Zugehörigkeit der einzelnen Vermögensstücke, insbesondere der Sachgüter, zum strafrechtlich geschützten Vermögen deren *Wertcharakter nicht* erfordert ist. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise erfordert die Werteigenschaft dieser Objekte nicht nur nicht, sondern steht diesem Erfordernis geradezu entgegen (4). Als Bestandteile des wirtschaftlichen Vermögens kommen die Sachgüter in erster Linie wegen ihrer Nutzungsmöglichkeit, nicht wegen ihres Wertes in Betracht. Dass der Rechtszweck die Berücksichtigung und den Schutz auch der an Objekten, die keinen „ Wert " repräsentieren, bestehenden Nutzungsinteressen verlangt, kann m. E. nicht wohl bezweifelt werden. (5) Aber wohl ist

---

(1) Cf. TEN HOMPEL *furtum usus* 810 A. 43.

(2) Cf. E 40 S. 21 betr. Forderungen aus Spielverträgen.

(3) Es steht nichts im Wege, die Bestandteile des Vermögens, soweit sie Rechte sind, unter diesem Namen aufzuführen. Wenn DOERR *loc. cit.* 41 ff. dagegen einwendet, dass die „ Rechte " als solche unverletzbar seien, dass nur Interessenobjekte verletzt werden könnten, so scheint er mir nicht genügend zu beachten, dass unter der Bezeichnung der einzelnen Rechte die durch das „ Recht " geschützten Interessenobjekte notwendig mitgedacht und mitgenannt werden. „ Eigentum " z. B. bedeutet nicht die rechtliche Beziehung im Gegensatz zur tatsächlichen Erscheinung der Sache, sondern die Sache in ihrer rechtlichen Beziehung.

(4) Damit entfallen die gegen die Verwendung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs vorgebrachten Bedenken.

(5) Cf. BINDING *Lehrbuch* 239, ROTERING *Sachbeschädigung* 214, LUEDER *Vermögensbeschädigung* 59 ff.

zu sagen, dass solche Objekte nicht immer Gegenstand eines betrügerischen oder erpresserischen Angriffs sein können. Denn neben dem Tatbestand des Vermögensschadens ist hier der Tatbestand eines Vermögensvorteils erfordert, und gerade im Hinblick auf Sachen, die nur im Affektionsinteresse des Besitzers stehen, wird das Moment der Bereicherung in vielen Fällen zu verneinen sein. (1) Aber die Entscheidung, dass der Tatbestand des Delikts nicht erfüllt sei, ist nicht auf das Fehlen der Vermögensschädigung, sondern auf das Fehlen der Bereicherung zu gründen.

Ein Vermögensschaden liegt in allen Fällen vor, wo auf betrügerischem oder erpresserischem Wege eine *Disposition über das Vermögen* durch Ausscheidung eines Vermögensstücks oder durch Uebernahme einer Verbindlichkeit herbeigeführt wird; beeinträchtigt ist in allen Fällen das Interesse an der freien Verwaltung und Verwendung des Vermögens. Wenn Doktrin und Judikatur regelmässig das Erfordernis einer geldwerten Vermögenseinbusse aufstellen, so ist eine Begründung dafür aus dem Gesetze nicht zu erweisen; die Aufgabe des Rechtsschutzes aber auf den Schutz geldwerter Interessen zu beschränken, bedeutet m. E. eine arge Verkennung. Nicht selten sind gerade nicht geldwerte Interessen des Rechtsschutzes mehr würdig und bedürftig als jene (2). Deshalb kann die Leistung eines *Aequivalents* niemals die Tatsache der Vermögensbeschädigung ausschliessen, wie vielfach angenommen wird (3). Wohl aber kann die Leistung des Aequivalents den Tatbestand der Bereicherung ausschliessen, dann nämlich, wenn nach der Interessenlage auf Seiten des Bereicherten die Leistung einen vollen Gegenwert für den erlangten Vorteil bedeutet. Dies ist keineswegs gleichbedeutend mit

---

(1) Damit ergibt sich die Notwendigkeit einer besonderen Pönalisierung der arglistigen Vermögensbeschädigung, wie sie erfreulicherweise im *Vorentwurf* § 291 vorgeschlagen wird. — Mit Recht fordert Meyer-Allfeld *Lehrbuch* 473 die Statuierung auch eines der Erpressung entsprechenden reinen Schädigungsdelikts.

(2) Cf. Rotering *Betrug* 423 f.

(3) Cf. Frank § 263 N. V, v. Liszt *Lehrbuch* 467, Meyer-Allfeld *Lehrbuch* 480, *Begründung* zum *Entwurf der Strafgesetznovelle* S. 20, *Begründung* zum *Vorentwurf* 756.

dem (gemeinen) Wert des erlangten Vorteils. Wie der Vermögensschaden ausschliesslich nach den besonderen Verhältnissen des Geschädigten zu bestimmen ist, so der Vermögensvorteil nach den besonderen Verhältnissen des Bereicherten. (1) Die Bereicherung wird z. B. dann entfallen, wenn anzunehmen ist, dass der Getäuschte oder Genötigte bei freier rechtsgeschäftlicher Abrede und bei voller Kenntnis der Sachlage die gleiche Entgeltforderderung gestellt haben würde. Danach wird ein deliktischer Tatbestand im Sinne des Betrugsparagraphen z. B. nicht anzunehmen sein, wenn eine durchaus sichere Person durch Täuschung sich ein Darlehn verschafft. (2) Aber nur in Ausnahmefällen wird die Feststellung getroffen werden können, dass die Aequivalentleistung die Bereicherung ausschliesse. Denn die Anwendung des deliktischen Mittels legt ja von vornherein die Vermutung nahe, dass der erlangte Vorteil dem Täter wertvoller erscheint als seine Leistung. Regelmässig liegt eine Täuschung des Gegners über den Wert oder die Nutzbarkeit der versprochenen Gegenleistung vor. Als Fälle sind zu nennen die Lieferung minderwertiger Gegenstände, die Darlehnserschleichung seitens einer nicht

---

(1) Cf. Erk. des Obertribunals v. 14. XI. 1877 (mitgeteilt in Goltdammers Archiv 25 S. 550): „ Ein Vermögensvorteil liegt als beabsichtigt nicht bloss in dem Falle vor, wo durch das Mittel der Täuschung eine quantitative Vermögenserhöhung, eine objektive Bereicherung herbeigeführt werden soll, so dass das seitherige Vermögen seiner Wertsumme nach durch die Tat sich vermehrt. Der Begriff des Vermögensvorteils ist vielmehr ein weiterer, mehr subjektiver, und umfasst jedes vermögensrechtliche Interesse, welches der Täuschende für sich oder einen Anderen befriedigt, sei dasselbe auf eine positive Bereicherung oder auf eine Veränderung in der Substanz des seitherigen Vermögens, in der Ersetzung vorhandener Vermögensstücke durch andere nicht vorhandene gerichtet, welche für den betreffenden Eigentümer vom Standpunkte seiner Vermögensverwaltung aus als wünschenswert und vorteilhaft erachtet wird ".

(2) Wie hier anscheinend Meyer-Allfeld *Lehrbuch* 475 A. 15. — Einen anderen Fall, in welchem der Tatbestand einer Bereicherung nicht anzunehmen ist, nennt Merkel *(Krim. Abh.* II 1. Abt. S. 117 f.): „ Wenn ein Handwerker, um eine bestimmte Arbeit übertragen zu bekommen, sich für einen Dritten ausgibt, der dem Auftraggeber als geschickt und zuverlässig gerühmt worden ist, und nun die übernommene Arbeit zur Zufriedenheit des Bestellers ausführt, so lässt sich nicht sagen, dass der Gewinn, den er damit erzielt hat, an sich als ein rechtswidriger sich darstelle, trotzdem er durch die Benachteiligung des Dritten vermittelt wurde. "

zahlungsfähigen Person, das Versprechen von Dienstleistungen, welche den Erwartungen des Empfängers nicht genügen (1).

Trotz dem Vorhandensein einer Vermögensschädigung ist der Tatbestand eines Betrugs oder einer Erpressung auch dann nicht gegeben, wenn die günstige Wirkung für den Bereicherten nicht durch eine Disposition des Getäuschten bezw. Genötigten geschieht. Deshalb kann von Erpressuug nicht gesprochen werden, wenn jemand an einer Okkupation verhindert wird, weil der Erwerb der Bereichernng nicht durch eine Disposition des Geschädigten geschieht. Ebenso liegt Betrug nicht vor, wenn der Geschädigte zur Preisgabe einer Gewinnaussicht oder eines Kundschaftverhältnisses bestimmt wird, wenn derjenige, zu dessen Gunsten die Preisgabe erfolgt, damit nicht unmittelbar, sondern erst auf Grund eigener Tätigkeit den Erwerb machen kann.

Der Tatbestand des Betrugs- bezw. Erpressungsdelikts kann endlich beim Vorhandensein einer Bereicherung dadurch ausgeschlossen sein, dass dieselbe nicht rechtswidrig ist. Darüber soll später noch besonders gehandelt werden.

II. Ist der festgestellte Vermögensbegriff auch für die übrigen Vermögensdelikte massgebend?

---

(1) Zwei bemerkenswerte Entscheidungen des Reichsgerichts: In dem ersten Falle (mitgeteilt Jur. Woch. 1908 S. 165) täuschte ein Bewerber um Anstellung im Eisenbahndienst den ihn untersuchenden Arzt über seine geschwächte Sehkraft, erhielt von diesem ein Zeugnis, dass er ohne körperliche Fehler sei und wurde auf Grund dieses Zeugnisses angestellt. Die Verurteilung wegen Betruges wurde vom Reichsgericht gebilligt, weil die Eisenbahnverwaltung geschädigt war, indem sie anstatt eines tüchtigen, allen Anforderungen entsprechenden Beamten einen infolge seiner geschwächten Sehkraft weniger verwendbaren Beamten erhielt. In dem zweiten Fall (mitgeteilt E 42 Nr. 16) wollte ein Mann, der an einer Geschlechtskrankheit litt, sich für ein Schiff als Kellner heuern lassen, obwohl er wusste, dass eine solche Erkrankung von der Erlangung der Stelle ausschloss. Er wurde wegen Betrugsversuchs verurteilt. In seiner Revision wendete er ein, dass er trotz seiner Krankheit die Stelle als Kellner hätte versehen können. Das Reichsgericht verwarf die Revision. Wenn die Schiffsgesellschaft geschlechtskranke Personen von der Anstellung als Kellner ausschloss, hatte sie dazu wegen der bei solchen Leiden bestehenden Gefahren guten Grund. Sie hätte, wenn der Heuervertrag zum Abschluss gekommen wäre, die Pflicht gehabt, den Heuerlohn zu zahlen, ohne einen nach ihrer Auffassung geeigneten Kellner zu erhalten.

Ein Zweifel darüber kann nicht bestehen bezüglich der Vermögensdelikte, als deren Schutzobjekt heute schon allgemein das wirtschaftliche Vermögen angesehen wird, der „ Verbrechen wider Güter wirtschaftlichen Vermögenswertes " *(Binding)*: Kreditgefährdung, Verrat und Verwertung von Betriebsgeheimnissen, Delikte des unlautern Wettbewerbs.

Keiner Erörterung bedürfen die Delikte gegen fremde Aneignungsrechte, Verbrauchsrechte an Energien, obligatorische Rechte, Urheber- und Erfinderrechte, weil alle diese Rechte, welche als Handlungsobjekte dieser einzelnen Vermögensdelikte auftreten, vollwertige Bestandteile des wirtschaftlichen Vermögens sind.

Es bleiben noch übrig die Delikte „ gegen das Eigentum " oder „ gegen dingliche Rechte ": *Sachbeschädigung, Diebstahl, Unterschlagung, Raub, Hehlerei.*

Das Hauptbedenken gegen die Auffassung, dass als Schutzobjekt dieser Delikte das Vermögen im wirtschaftlichen Sinn aufzufassen sei (1), entfällt mit der hier vertretenen Lehre, nach welcher die Zugehörigkeit einer Sache zum wirtschaftlichen Vermögen nicht von dem Wertcharakter derselben abhängt, sondern im Gegenteil jede Sache, an der irgend ein Nutzungsinteresse besteht, zu dem wirtschaftlichen Vermögen gehört. Sachen aber, die weder wertvoll noch irgendwie nutzbar sind, sind nicht Gegenstand eines Rechts und deshalb auch niemals Handlungsobjekte der genannten Delikte. Die Behauptung, dass diese Delikte „ gegen das Eigentum " gerichtet seien, kann ebenfalls nicht gegen die Verwertung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs ins Feld geführt werden, weil ja alle dinglichen Rechte als Bestandteile des wirtschaftlichen Vermögens anzusehen sind.

Aber diese Behauptung ist nicht einmal als richtig anzuerkennen. Der Diebstahl richtet sich *unmittelbar* zweifellos nur gegen den *Besitz* bezw. Gewahrsam. (2) Zeugnis dafür bietet die allgemein

(1) Cf. Wagner *loc. cit.* 61, 89 f.

(2) Ist der Begriff des „ Besitz oder Gewahrsam " in § 242 identisch mit dem Besitzbegriff des BGB ? Zunächst ist mit der herrschenden Meinung eine notwendige Abhängigkeit des strafrechtlichen vom privatrechtlichen Besitzbegriff zu

anerkannte Entscheidung, dass bei einer Entwendung verschiedener Eigentumsobjekte, die sich in dem gleichen Gewahrsam befinden, nicht so viele Delikte vorliegen als Eigentumsrechte vorhanden sind, sondern nur *eines*, weil nur *ein* Gewahrsam verletzt worden ist. (1) Wie soll sinngemäss eine Verletzung des „ Eigentums " konstruiert werden, wenn der Diebstahl einer durch Entwendung erlangten Sache unter § 242 fällt? (2) Wenn der Tatbestand des Diebstahls durch die Verletzung des Eigentums charakterisiert ist, wie kann dann die Einwilligung des *Besitzers* in die Wegnahme das Delikt ausschliessen? (3) Wie ist es anderseits möglich, dass der Tatbestand des Diebstahls vorliegt, trotzdem die Eigentumsverletzung durch die Einwilligung des Eigentümers in die Wegnahme ausgeschlossen ist? (4)

---

verneinen; cf. Binding *Lehrbuch* 244, Lobe *Einfluss des bürgerlichen Gesetzbuchs auf das Strafrecht* 27 ff. Wohl aber ist m. E. — für das heutige Recht, die abweichende Ansicht Bindings *loc. cit.* 244 f. ist für das frühere Recht als zutreffend anzuerkennen — die Identität aus der Erwägung anzunehmen, dass die Gleichheit des Rechtszwecks die gleiche Gestaltung des Schutzobjekts verlangt. Cf. v. Liszt *Lehrbuch* 425 A. 5. Wenn dagegen Einwendungen erhoben werden aus den §§ 857 und 868 BGB, so Binding *loc. cit.* 245, Frank § 242 N. IV, Meyer-Allfeld *Lehrbuch* 447 A. 33 und. 455, Lobe *loc. cit.* 26, 29 ff. und *Begründung* zum *Vorentwurf* 734, so ist zu erwidern, dass diese Bestimmungen nur den Tatbestand des Besitzes als Recht, nicht aber des Besitzes im Sinne tatsächlicher Herrschaftsbeziehung enthalten — auch von einer Fiktion tatsächlichen Besitzes, wie Binding und Lobe meinen, ist keine Rede —. Selbstverständlich kann nur der Besitz im Sinne tatsächlicher Herrschaftsbeziehung in Frage kommen. Weiter wird geltend gemacht, dass der Besitzdiener, der nach § 855 BGB keinen Besitz hat, Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB habe. Aber Besitzdienerschaft ist doch nur unter der Voraussetzung möglich, dass ein anderer wirklicher Besitzer vorhanden ist. Dass tatsächlich dieser Besitz Schutzobjekt ist, geht daraus hervor, dass die Entwendung durch den Besitzdiener als Diebstahl, nicht als Unterschlagung zu beurteilen ist. Zu bemerken ist aber, dass der Tatbestand der Besitzdienerschaft nur dann angenommen werden darf, wenn der Besitzherr auch wirklich Besitzer im Sinne der §§ 854, 856 BGB ist. Nach meiner Meinung wird dieses Erfordernis heute vielfach übersehen. Eine Anlehnung des strafrechtlichen Besitz- und Gewahrsamtatbestandes an den privatrechtlichen Besitztatbestand dürfte auch praktisch zweckmässig sein ; sie würde es unmöglich machen, dass ein Delinquent freigesprochen wird, weil die Richter sich nicht einigen können, ob Diebstahl oder Unterschlagung vorliege, wie es mehrfach vorgekommen ist.

(1) Cf. Binding *Lehruch* 242.

(2) Cf. Meyer-Allfeld *Lehrbuch* 455 A. 7.

(3) Wie Meyer-Allfeld *Lehrbuch* 457 und A. 22 annimmt.

(4) Solche Fälle werden genannt von Wagner *loc. cit.* 56 Merkel *Eigentumsverletzungen* 733.

Die Behauptung, dass der Diebstahl gegen das Eigentum gerichtet sei, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nur auf das Tatbestandsmoment der „ *fremden* " Sache zu stützen. (1) Aber ist diese Begründung richtig? Das Gesetz selbst gibt einen Fall an, in welchem eine Sache nicht als „ fremd " im Sinne des § 242 anzusehen ist. Nach § 289 wird die Entziehung einer Sache aus fremdem Besitz zu Gunsten des Eigentümers als besonderes Delikt bestraft. (2) Die besondere Behandlung dieser Entwendung ist darin begründet, dass der Eigentümer ein Recht auf den Besitz der Sache hat.

Ist auch der auf Grund eines sonstigen Rechts auf den (dauernden) Besitz entzogene Besitz von der Schutzwirkung des § 242 auszunehmen? Grundsätzliche Erwägungen sprechen dafür. (3) Allerdings fehlt dann eine dem § 289 entsprechende Strafdrohung.

„ *Fremd* " im Sinne des § 242 stellt m. E. nur das negative Erfordernis auf, dass die Sache nicht im Eigentum (bezw. Nutzungsrecht) des Täters stehen darf. Dagegen ist es m. E. *nicht* richtig, das Wort positiv im Sinne „ *fremdes Eigentum* " auszulegen. Zweckmässigkeitsgründe sprechen entschieden gegen diese positive Auslegung. Der materiell Geschädigte ist durchaus nicht immer der Eigentümer, sondern in vielen Fällen der für den Verlust haftende Besitzer. (4 5) Auch ist nicht abzusehen, weshalb der Besitz an

(1) Cf. v. Bülow im Archiv für Strafrecht 45 S. 321: „ Fremd kann hier nur bedeuten in eines Anderen Eigentum stehen "; Lobe *loc. cit.* 6 f.; Rotering *Gewahrsam* 358; Frank § 242 N. I und III; v. Liszt *Lehrbuch* 423; Meyer-Allfeld *Lehrbuch* 444, 454.

(2) Der Meinung ten Hompels *furtum usus* S. 800, dass § 289 einen Fall des Gebrauchsdiebstahls enthalte, kann ich nicht beistimmen. Auch Binding *Lehrbuch* 317 hält sie für „ nicht unbedenklich ".

(3) Die Aneignung einer gewilderten Sache durch den Jagdberechtigten fällt nach der herrschenden Lehre nicht unter § 242, weil an der Sache mangels bestehenden Eigentumsrechts überhaupt kein Diebstahl begangen werden kann. Die Entwendung einer gemieteten usw. Sache durch den Mieter usw. fällt unter den Tatbestand des nichtstrafbaren furtum possessionis, während der Diebstahl Herstellung des Eigenbesitzes im Sinne des § 872 BGB verlangt. Entwendung einer Sache mit der Absicht, sie als Pfand zu verkaufen, wird bei Bestehen des Pfandrechts wegen Mangel der „ Rechtswidrigkeit " vom Diebstahl auszunehmen sein.

(4) Nach römischem Recht stand die actio furti nicht nur dem Eigentümer zu, sondern jedem, der ein Interesse an der Sache hat.

(5) Wenn der Besitzer durch § 242 geschützt ist, so ist die in dem Vorentwurf

einer Sache, an der noch kein Eigentumsrecht besteht, z. B. an einer gewilderten Sache, nicht geschützt werden soll. Die herrschende Meinung nimmt in solchem Falle Jagddelikt wegen der „ Inbesitznahme " an, m. E. eine den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht werdende Entscheidung. (1)

Mit der Feststellung, dass durch die Strafvorschrift gegen Diebstahl nicht das Eigentum sondern der Besitz geschützt wird, entsteht eine noch nähere Veranlassung, als Schutzobjekt dieses Delikts nicht das juristische (— im Sinne der herrschenden Lehre —), sondern das wirtschaftliche Vermögen anzusehen. Denn der Besitz als Begründung tatsächlicher Nutzugsmöglichkeit ist der vornehmste Bestandteil des wirtschaftlichen Vermögens, dagegen als Bestandteil des juristischen Vermögens nicht zu betrachten, weil zu diesem nur Rechte, d. h. rechtliche Beziehungen, nicht tatsächliche Herrschaftsverhältnisse gehören.

Die gleichen Erörterungen haben auch für das Delikt der Unterschlagung Geltung. „ Fremd " in § 246 — wie auch in § 249 und § 303 (2) — ist nur in der negativen Bedeutung aufzufassen: der Täter hat weder kraft Eigentums noch kraft eines anderen Rechts (Aneignungsrecht, Pfandrecht etc.) ein Recht auf den Eigenbesitz. (3) Die Unterschlagung ist m. E. gerichtet gegen fremdes Recht zum Besitz, nicht gegen das Eigentum. (4) Unterschlagung ist auch an

---

vorgeschlagene Erweiterung des Tatbestandes des § 289 StGB nicht als in vollem Umfange zweckmässig anzuerkennen. Der Tatbestand der „ Rechtsvereitlung " darf nur solche Fälle ergreifen, wo Diebstahl nicht vorliegt.

(1) Für die Qualifikation der Handlungsweise des Diebes kann es keinen Unterschied machen, ob die entwendete Sache in fremden Eigentum steht oder nicht.

(2) Es ist zu bemerken, dass „ antragsberechtigt " im Falle der Sachbeschädigung nicht nur der Eigentümer ist, sondern alle, deren Rechte an der Sache unmittelbar verletzt sind. Cf. *Begründung* zum *Vorentwurf* 808.

(3) Die Unterschlagung besteht in der Herstellung des Eigenbesitzes, wie ihn § 872 BGB definiert. Auch der Miteigentümer kann Unterschlagung begehen, z. B. durch Verbrauch fremden, mit dem eigenen vermischten Geldes, an dessen Summe nach BGB § 948 Gesamteigentum entsteht. Cf. Entscheidung des Reichsgerichts in Jur. Woch. 1908 S. 581.

(4) Die Unterschlagung einer vom Dieb anvertrauten Sache will das Reichsgericht nicht als qualifizierte Unterschlagung ansehen, weil ein Recht des Diebes auf Schutz

einer Sache möglich, an der noch kein Eigentumsrecht besteht, z. B. an einer gewilderten Sache. (1)

4. Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils.

Der Tatbestand eines strafbaren Betrugs- und Erpressungsdelikts (2) entfällt, wenn der Vermögensvorteil, auf dessen Erlangung die Absicht des Täters gerichtet war, nicht „ rechtswidrig " ist.

Das Requisit der „ Rechtswidrigkeit " in diesem Zusammenhange ist Gegenstand einer alten Kontroverse.

Zurückzuweisen ist zunächst die Meinung, wonach der Vermögensvorteil bei Betrug und Erpressung zu einem rechtswidrigen gestempelt wird durch das angewandte Mittel der Täuschung bezw. Nötigung. Das Reichsgericht, welches zunächst diese Auffassung vertreten zu haben scheint (3), erklärte später mit Recht: „ Wäre nach der Intention des Gesetzgebers jeder durch Täuschung erstrebte Vorteil schon wegen Anwendung dieses Mittels als ein rechtswidriger anzusehen, so wäre das Wort „ rechtswidrig " in § 263 überflüssig. Der Vorteil muss daher auch abgesehen von der Anwendung des Mittels dieser Täuschung sich als ein rechtswidriger darstellen " (4). Neuerdings sucht *Kitzinger* (5) dieser Lehre auf einem anderen Wege

---

im Besitz des gestohlenen Gegenstandes nicht bestehe und durch Treue gegenüber dem Dieb dem Rechte des Eigentümers nicht gedient sei (E 40 N. 64). Ich halte die Entscheidung nicht für zutreffend.

(1) Der Wilddieb macht sich durch Verbrauch oder Veräusserung des Tieres nicht der Unterschlagung schuldig, cf. E V S. 281, XXIII S. 90. Die Entscheidung ist aber nicht darauf zu gründen, dass an dem Tiere kein Eigentumsrecht besteht (so auch Planck BGB § 958 N. 3 b), sondern darauf, dass die lex specialis den Tatbestand der Unterschlagung ausschliesst.

(2) In § 268 fehlt das Erfordernis der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils. Frank § 268 N. I will es in den Tatbestand hineininterpretieren; m. E. ist dies nicht angängig. Nur de lege ferenda kann die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils für § 268 gefordert werden, der *Vorentwurf* trägt dieser Forderung in § 282 III Rechnung.

(3) R I 261, IV 286.

(4) R VI 493 (mitgeteilt bei Simonson *Begriff des „ Vorteils "* 35). Cf. auch Merkel *Eigentumsverletzungen* 733, Binding *Normen* II 560.

(5) *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrechte* 102 f.

zur Anerkennung zu verhelfen, indem er ausführt: „ Rechtswidrig ist der Vermögensvorteil immer, wenn der übrige Tatbestand des § 263 gegeben ist, und es erscheint sohin die Aufnahme der Rechtswidrigkeit in diesen Tatbestand als vollkommen überflüssig ". Aber den Beweis hierfür hat Kitzinger nicht erbracht. Sein Hinweis auf § 79 des Reichsbörsengesetzes vom 23. VI. 1896, in dem das Requisit der „ Rechtswidrigkeit " des Vermögensvorteils fehle (1), versagt, weil dieses Delikt in Wahrheit nicht dem Betrug nachgebildet ist, wie Kitzinger meint, sondern einen Fall der Untreue darstellt (2); die Untreue macht allerdings jeden durch sie erlangten Vermögensvorteil zu einem rechtswidrigen.

Die „ Rechtswidrigkeit " des Vermögensvorteils bestimmt die Judikatur im Anschluss an die Motive (S. 126) dahin, dass rechtswidrig jeder Vermögensvorteil sei, auf den man kein Recht habe, den der Bereicherte zu beanspruchen nicht das Recht hatte (3). Diese Auffassung ist grundsätzlich abzulehnen. Das Tatbestandsmoment des rechtswidrigen Vermögensvorteils ist unabhängig von dem deliktischen Tatbestand zu bestimmen. Es ist aber geradezu ein Unding, jeden Vermögensvorteil, auf den man kein Recht hat, als einen rechtswidrigen zu charakterisieren (4). Die Rechtsordnung lässt den Vermögensverkehr grundsätzlich frei erfolgen, sie macht ihn nicht abhängig von dem Vorhandensein eines Rechts auf die erstrebte Leistung. Zutreffend hat *Waag* (5) den „ Anlass zu dieser unrichtigen Definition " dahin bezeichnet: „ statt Schritt für Schritt zu untersuchen, was Vermögensvorteil ist, was rechtswidriger Vermögensvorteil ist und was die Absicht, einen solchen zu erlangen, nimmt

(1) *loc. cit.* 105.

(2) Cf. v. Liszt *Lehrbuch* 457.

(3) Die Doktrin, in der die vom Reichsgerichte vertretene Meinung früher als herrschende Lehre anzusehen war, hat heute diesen Standpunkt mehr und mehr verlassen. So jetzt auch v. Liszt in der neuesten Auflage seines *Lehrbuchs* (S. 470 u. A. 13). Dagegen wird der Standpunkt des Reichsgerichts noch vertreten in der *Begründung* zur *Strafgesetznovelle* S. 19 und in der *Begründung* zum *Vorentwurf* S. 457 f. — Cf. auch Mugler *Begriff des Vorteils* 32 ff.

(4) Cf. Waag in Gerichtssaal 31 S. 245; Merkel *Eigentumsverletzungen* 731 f.; Binding *Normen* II 560 f.

(5) *loc. cit.* 245 f.

man die Absicht als Ausgangspunkt der Definition, stellt sich auf den Standpunkt dessen, der einen Vermögensvorteil erst erstrebt, und kommt dann folgerichtig zu dem Ergebnis, dass der Vermögensvorteil, der ja noch im Vermögen des „ Anderen " enthalten ist, ein solcher ist, auf welchen der „ Andere " ein Recht, der Täter (oder der „ Dritte ") kein Recht hat, der somit allein für den „ Anderen " ein rechtmässiger, für den Täter (oder „ Dritten ") aber ein rechtswidriger ist ". Neben die grundsätzlichen treten erhebliche praktische Bedenken. Wenn Unzuträglichkeiten rücksichtlich des Betrugstatbestandes nicht zu Tage getreten sind, so liegt das darin begründet, dass für die Betrugsfälle die Definition der herrschenden Lehre tatsächlich genügend ist (1), wie später gezeigt werden wird. Dagegen sind sie rücksichtlich des Erpressungstatbestandes in hohem Masse fühlbar geworden (2). Im Sinne der herrschenden Lehre müssen als Fälle durch Erpressung erlangten rechtswidrigen Vermögensvorteils angesehen werden: die Verhinderung eines anderen an der Okkupation herrenloser Sachen, um sie selbst in Besitz zu nehmen, die Drohung, eine begründete Klage wegen Beleidigung aufzunehmen, wenn der Beleidiger nicht eine Busse an die Armenkasse zahle (3); es muss bestraft werden: „ Der Käufer, der mit der Entziehung der Kundschaft droht, falls ihm nicht die angebotene Ware zu einem von ihm für angemessen gehaltenen Preise verkauft wird, der Mieter, der mit Kündigung droht, falls der von ihm zu hoch befundene Mietzins nicht herabgesetzt wird, und der Arbeitgeber oder Arbeiter, der durch Drohung mit Entlassung bezw. Arbeitseinstellung die Gegenpartei zu Zugeständnissen hinsichtlich der Lohn- und Arbeitsbedingungen bewegen will " (4).

Man glaubt diese Unzuträglichkeiten beseitigen zu können, indem

---

(1) Cf. v. Liszt *Lehrbuch* S. 470 A. 13.

(2) Cf. Meyer-Allfeld *Lehrbuch* 486 A. 13.

(3) Cf. E XXVI 354, v. Blume in Ih. Jahrb. 38 S. 239 A. 4. — Die *Begründung* zum *Vorentwurf* S. 758 hält in diesem Falle den Deliktstatbestand wegen der mangelnden subjektiven Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Täters für ausgeschlossen.

(4) *Begründung* zur *Strafgesetznovelle* 19.

auch für den *Erpressungstatbestand* das Moment der *Vermögensschädigung* eingeführt wird, weil gerade dieses Moment bei dem Betruge die beklagten Missstände verhindert habe (1). Die praktische Entscheidung soll dahin gehen: Es „ wird bei dem Zwange zum Abschluss eines gegenseitigen Vertrags für die Frage, ob eine Vermögensbeschädigung vorliegt, der Wert der beiderseitigen Leistungen in Betracht zu ziehen sein. Dies hat z. B. auf dem Gebiet des gewerblichen Lohnkampfes zur Folge, dass die seitens eines Arbeitgebers durch die Androhung der Entlassung erwirkte Herabsetzung des Lohnes und umgekehrt, dass die von Arbeitern durch Drohung mit Arbeitseinstellung erlangte Lohnerhöhung nur dann unter dem Gesichtspunkte der Erpressung strafbar werden kann, wenn der auf die Drohungen hin vereinbarte Lohn im Missverhältnisse zu dem wahren Werte der Arbeitsleistung steht und die Täter sich dessen bewusst waren " (2). Die vorgeschlagene Aenderung kann der tatsächlichen Interessenlage nicht gerecht werden. Es kann dem subjektiven Ermessen des Richters nicht anheim gestellt werden, den Deliktstatbestand von seiner Auffassung der Angemessenheit des Werts der Arbeitsleistungen abhängig zu machen, vielmehr müssen jene Fälle allgemein dem Deliktstatbestand entzogen werden. Dazu kommt, dass die Anschauung von dem Ausschluss des Vermögensschadens durch den äquivalenten Wert der Gegenleistung nicht als richtig angesehen werden kann. Der Vermögensschaden besteht, nur der Tatbestand der Bereicherung kann unter Umständen durch die Aequivalentleistung ausgeschlossen sein.

Eine befriedigende Lösung kann nur die andere Definition des rechtswidrigen Vermögensvorteils geben, welche von der Betrachtung des *bereits verwirklichten Vermögensvorteils* ausgeht und als rechtswidrig nur den Vermögensvorteil ansieht, der *nicht rechtsbeständig* ist. (3)

(1) *eod. l.* 19.

(2) *eod. l.* 20.

(3) Cf. die Definition von Merkel *Eigentumsverletzungen* 733: „ Rechtswidrig ist ein Vermögensvorteil, wenn das Objekt, auf welches er sich bezieht: a) nicht den

Rechtsbeständig ist zunächst derjenige Vorteil, auf welchen der Bereicherte einen begründeten Rechtsanspruch hat ([1] [2]). Dies ist allgemein anerkannt. Die Täuschung bezw. Nötigung stellt sich als ein Mittel der Selbsthilfe dar; soweit das Mittel für sich einen Deliktstatbestand darstellt — zu denken ist an die nach § 240 strafbare Nötigung —, wird dieser natürlich nicht ausgeschlossen, von einem Vermögensdelikt dagegen kann keine Rede sein ([3]). Es fragt sich, ob die Rechtswidrigkeit auch zu verneinen ist, wenn der erlangte Vorteil Gegenstand eines begründeten aber noch nicht fälligen Anspruchs ist, für dessen Selbsthilfeverwirklichung jedoch die rechtliche Grundlage gemäss § 229 BGB besteht. *Heyer* verneint dies bezüglich des Betrugs allgemein ([4]) und bezüglich der

---

Gegenstand eines dem Handelnden zustehenden Rechtsanspruchs bildet,... b) dem Vermögen eines anderen in einer den privatrechtlichen Grundsätzen widersprechenden Weise entzogen wurde"; angenommen von Waag *loc. cit.* 247; Binding *Lehrbuch* 363: „vom objektiven Vermögensrechte missbilligt"; v. Liszt *Lehrbuch* 470: „dessen Erlangung mit der Rechtsordnung im Widerspruch steht"; Frank § 253 N. IV, § 263 N. VII 3: „im Widerspruch mit den Grundsätzen das Privatrechts entzogen"; Meyer-Allfeld *Lehrbuch* 475: „wenn seine Verschaffung der Rechtsordnung widerstreitet".

(1) Insbesondere sind hier auch die Selbsthilferechte gemäss §§ 859, 860, 1029, 561, 910, 911, 917, 962 BGB zu erwähnen.

(2) Dieser Satz ist m. E. auch zur Entscheidung der Rechtsfrage zu verwerten, ob die Benutzung einer Vorortbahnkarte für 5 Pfennig als Perronbillet Betrug sei. Das OLG Cassel (mitgeteilt in Recht N. 17 v. 10. IX. 07 Spalte 1049) verneint die Frage, weil keine Vermögensschädigung vorliege, indem der Angeklagte das Recht gehabt habe, den Bahnsteig zu betreten und nur auf den Hauptteil der ihm geschuldeten Leistung — die Beförderung — verzichtet habe. Dagegen führt Rechtsanwalt *Herz* loc. cit. aus, dass der Angeklagte das Recht, den Bahnsteig zu betreten, durch Täuschung erlangt und den Fiskus um die Differenz von 5 Pfennig geschädigt habe. In der Kölnischen Zeitung N. 1013 vom 28. IX. 07 wurde gegen das Urteil eingewendet, dass die Leistung der Beförderung für 5 Pfennig nicht ein minus, sondern ein aliud darstelle und dass deshalb eine „dem Willen des Geschädigten entsprechende Gegenleistung" nicht vorliege. — M. E. ist der Tatbestand der Vermögensschädigung unbestreitbar. Aber das Moment des Vermögensvorteils ist nicht erfüllt. Der Angeklagte hatte das Recht den Bahnsteig zu betreten, aber nicht die Verpflichtung, die Leistung der Beförderung anzunehmen. Deshalb durfte er vom Vertrage zurücktreten, und ein anderes lag nicht vor.

(3) Cf. Pacic *Verhältnis der unerlaubten Selbsthilfe zu den Vermögensdelikten* 17 ff., Heyer *Selbsthilfe* 89 ff., 91 ff.

(4) *loc. cit.* 87 ff., 97.

Erpressung in den Fällen, wo die Nötigung über das erlaubte Mass hinausgeht (1). Ich entscheide in gegenteiliger Richtung, weil das Tatbestandsmoment des rechtswidrigen Vermögensvorteils ganz unabhängig von dem deliktischen Mittel zu prüfen ist. Wo die Voraussetzungen gestatteter Selbsthilfe vorliegen, kann m. E. ein Vermögensdelikt nicht in Frage kommen.

Ein naturaler Anspruch kann die Rechtsbeständigkeit des erlangten Vorteils nicht bewirken. (2) Gewiss ist die freiwillige Erfüllung einer naturalen Obligation rechtsbeständig, aber es fehlt eben an der erforderlichen Freiwilligkeit der Leistung. Deswegen kann § 814 BGB hier nicht in Betracht kommen.

Die Bestimmung, dass ein Vermögensvorteil, auf dessen Erwerb ein Recht besteht, nicht rechtswidrig sei, ist dahin zu erweitern, dass auch der Vermögensvorteil, dessen Erwerb auf dem Wege richterlicher Hilfe möglich ist, nicht rechtswidrig sein kann. Zu denken ist hier an den erwähnten Fall, dass in der Drohung, eine Beleidigungsklage anzustrengen, wenn der Beleidiger nicht an die Armenkasse einen bestimmten Betrag zahle, der Erpressungstatbestand gefunden worden ist. Wenn auch ein Rechtsanspruch auf diese Summe nicht besteht, so kann doch die Verpflichtung zur Zahlung derselben von dem Beleidigten hervorgerufen werden, indem die Beleidigung im Verfahren vor dem Schiedsmann durch eine solche Leistung gesühnt werden soll. (3)

Aber auch jetzt ist die Bestimmung noch zu eng und deshalb ungenügend, sie bedarf einer Ergänzung bezw. Verallgemeinerung. Rechtsbeständig ist der Erwerb eines Vermögensvorteils allgemein dann, wenn er *nicht kondiziert* werden kann (4). Der Erwerb durch Täuschung oder Nötigung entbehrt regelmässig des rechtfertigenden Grundes, weil es regelmässig an der freien rechtsgeschäftlichen

(1) *loc. cit.* 91 ff., 97.

(2) A. A. Binding *Lehrbuch* 364.

(3) Cf. *Preussische Schiedsmannsordnung* v. 29. III. 1879. 3. Abschnitt. §§ 33—39; Florschütz, *Geschäftsanweisung für die Schiedsmänner* § 24 S. 69.

(4) Es ist zu erinnern an die gute Definition Hartmanns *Bereicherungsanspruch* 231 f.: „ Wer durch die Leistung eines Anderen u. s. f. auf dessen Kosten etwas erlangt und ohne rechtlichen Grund behält, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet ".

Vereinbarung fehlt, die allein im freien Wirtschaftsverkehr rechtsbegründend wirkt. Die materielle Grundlage für die Kondiktion einer solchen rechtsgeschäftlichen Leistung ist in § 123 BGB normiert. Danach ist zu entscheiden, dass der durch arglistige Täuschung und durch widerrechtliche Drohung erlangte rechtsgeschäftliche Erwerb kondizierbar ist, indem ja die Erhebung des Kondiktionsanspruchs die Anfechtung in sich schliesst. Das Tatbestandsmoment der „ *arglistigen Täuschung* " in § 123 BGB ist identisch mit dem deliktischen Mittel des Betrugs nach § 263 StGB; damit ist gegeben, dass der durch das Mittel des Betrugs erlangte Vermögensvorteil allgemein kondizierbar ist und also der Rechtsbeständigkeit ermangelt. (1) Dagegen fällt das Mittel der Erpressung mit dem entsprechenden Tatbestandsmoment in § 123 BGB nicht zusammen, indem hier der Erwerb „ *widerrechtlich durch Drohung* " geschehen muss, während dort jede Drohung genügt. Ein durch Nötigung erlangter Vermögensvorteil ist kondizierbar, wenn und soweit das Moment der Widerrechtlichkeit hinzutritt. Wann aber ist dieses vorhanden? Zur Entscheidung der in diesem Punkte bestehenden Streitfrage ist von der Tatsache auszugehen, dass das Moment „ widerrechtlich durch Drohung " nebengeordnet ist dem anderen „ arglistige Täuschung " und deshalb ebenso wie dieses sich ausschliesslich auf die Art und Weise des Verhaltens beziehen muss. (2) Widerrechtlich ist die Drohung also dann, wenn a) der Drohende zur *Zufügung des Uebels nicht berechtigt* ist, b) wenn er zwar das Uebel zufügen darf, aber die Drohung wegen des Zusammenhangs mit dem beabsichtigten

---

(1) Dies ist der wahre Grund, weshalb die Definition der herrschenden Lehre für den Betrugstatbestand keine Unzuträglichkeiten im Gefolge gehabt hat.

(2) Cf. v. Blume in *Ih. Jahrb.* 38 S. 253: „ Die Drohung ist an sich nicht widerrechtlich, wenn der Drohende berechtigt wäre, sie auszuführen; sie ist aber stets verwerflich und insofern auch widerrechtlich, wenn ihre Anwendung zum Zwecke der Herbeiführung der konkreten Willenserklärung gegen die guten Sitten verstösst. " v. Blume fügt hinzu: „ Es darf die Drohung dann nicht als widerrechtlich bezeichnet werden, wenn der Drohende ein Recht auf die erzwungene Willenserklärung hatte, mag er auch zur Zufügung des angedrohten Uebels nicht berechtigt sein. " M. E. ist hier die Drohung widerrechtlich, aber der Erfolg der Anfechtung muss aus anderen Gründen entfallen.

Erfolg als ein *den guten Sitten widersprechendes Verhalten* angesehen werden muss. (1) Demnach kann die Androhung einer Kündigung, einer Dienstentlassung, einer Arbeitseinstellung, einer Aufgabe der Geschäftsbeziehungen usw. *regelmässig nicht* widerrechtlich sein, weil der Vollzug der Drohung dem Täter erlaubt ist. (2) Solche „ Drohungen " begründen keinen Kondiktionsanspruch und deshalb auch nicht den Erpressungstatbestand. Dieser kann nur dann vorliegen, wenn die Drohung nach § 123 BGB als „ widerrechtlich " anzusehen ist, weil nur unter dieser Voraussetzung die Absicht auf einen „ rechtswidrigen Vermögensvorteil " vorliegt. (3)

Die Kondiktion eines durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung erlangten Vermögensvorteils ist in zwei Fällen ausgeschlossen, und folgerichtig damit der Tatbestand des „ rechtswidrigen Vermögensvorteils ". Erstens dann, wenn der erlangte Vorteil kraft ausdrücklichen Rechtsanspruchs rechtsbeständig ist, wie vorher erörtert worden ist. Dem Kondiktionsanspruch steht in diesen Fällen eine Einrede aus dem bestehenden Recht des Erwerbers entgegen. Der zweite Fall ist der, dass der Kondiktionsanspruch wegen unsittlicher Begründung nach § 817 BGB ausgeschlossen ist (4). Die herrschende Meinung (5) und die Judikatur verneinen hier den Deliktstatbestand wegen Fehlens der Vermögensbeschädigung. Dieser Begründung kann nicht beigetreten werden. (6)

---

(1) Cf. Frank §. 253 N. II 2: „ Rechtswidrig und geeignet, den Tatbestand der Erpressung zu erfüllen, ist die Drohung: a) wenn das angekündigte Uebel an sich rechtswidrig ist, b) wenn es an sich erlaubt ist, aber ausserhalb natürlichen, verkehrsmässigen Zusammenhangs mit dem Entschlusse steht, zu dem der Bedrohte genötigt werden soll ".

(2) Jedoch ist die Drohung dann als widerrechtlich anzusehen, wenn in derselben nach Lage des konkreten Falles — etwa wegen Benutzung einer argen Notlage des Gegners — ein unsittliches Verhalten erblickt werden kann. In solchem Falle wäre Erpressung anzunehmen, und es entspricht gewiss dem allgemeinen Rechtsempfinden, dass derartiges Verhalten rechtlich missbilligt und poenalisiert wird.

(3) Nur diese Interpretation beseitigt vollkommen die Unzuträglichkeiten, denen die neue *Strafgesetznovelle* entgegenwirken will.

(4) Ansprüche aus Spiel und Wette sind nicht unsittlich begründet. Deshalb stellt Täuschung beim Spiel den Tatbestand eines Betruges dar.

(5) Cf. Meyer-Allfeld *Lehrbuch* 481 u. A. 43.

(6) Der praktische Fall ist hier so gelagert, dass jemand unter der Vorspiegelung, einen unsittlichen Gewinn zu machen, bewogen wird, Geld herzugeben. Das Reichs-

Von praktischer Bedeutung wird die Differenz werden, wenn das Delikt der böswilligen Vermögensbeschädigung kriminalisiert werden wird, wie es der *Vorentwurf* in § 291 vorschlägt. (1)

D. Zusammenfassung.

Die Uebersicht über die einzelnen Erscheinungsfälle des rechtlichen Vermögensbegriffs macht eine wichtige Unterscheidung der Fälle in zwei grosse Gruppen mit Rücksicht auf den rechtlichen Charakter des Vermögensinbegriffs notwendig.

In der einen Gruppe der Fälle — Ausgleichungsrecht, Vermögensstrafrecht — tritt der *wirtschaftliche* Charakter des Vermögens in

---

gericht (E 37, 30, 161; 38, 423; 27, 300) begründet die Ablehnung des Betrugstatbestandes: es fehle der ursächliche Zusammenhang zwischen der Vermögensschädigung und der Irrtumserregung, der überall entfalle, wo der Geschädigte zu der sein Vermögen vermindernden Aufwendung durch Vorspiegelung einer tatsächlich oder rechtlich unmöglichen Gegenleistung bestimmt wurde. Rechtlich unmöglich sei die Gegenleistung, wenn sie in einer verbotenen oder unsittlichen Handlung, auf deren Vornahme man niemals ein Recht erwerben könne, bestehe. Wer sich eine solche im Recht nicht geschützte Gegenleistung versprechen lasse und in Erwartung derselben vorher eine Aufwendung mache, der vermindere sein Vermögen ohne Rücksicht auf die Gegenleistung, beschädige also sein Vermögen selbst. — Die Ausführung betr. das Fehlen des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Vermögensbeschädigung und Irrtumserregung widerspricht den Tatsachen. Eine wirkliche Begründung vom Standpunkte der herrschenden Lehre, welche annimmt, dass der Getäuschte nicht schon durch die Hingabe aus seinem Vermögen, sondern erst durch das Ausbleiben der dafür bedungenen Gegenleistung geschädigt werde, ist nur auf folgendem Wege möglich: da auf die unsittliche Gegenleistung kein Rechtsanspruch besteht, so kann durch das Unterlassen derselben auch keine Vermögensbeschädigung im Rechtssinne geschehen. — Nach m. A. ist die herrschende Meinung irrtümlich, indem es für das Vorhandensein des Vermögensschadens auf die Art der Gegenleistung niemals ankommen kann. Es liegt kein Betrug vor, weil das Erfordernis des rechtswidrigen Vermögensvorteils fehlt. Z. T. sucht die Judikatur durch Annahme eines *versuchten* Betrugs Hilfe zu schaffen, allein m. E. liegt auch hier eine unzulässige Auslegung vor.

(1) Das Rechtsempfinden des Volkes verlangt eine Bestrafung derartiger gemeingefährlicher und unsittlicher Handlungsweise. Die herrschende Lehre müsste die Anwendbarkeit des § 291 verneinen wegen des Fehlens der Vermögensbeschädigung.

den Vordergrund, die Bestandteile des Vermögens sind auf Grund ihrer wirtschaftlichen Natur als Interessenobjekte bedeutsam; in der anderen Gruppe, die die Fälle der Vermögensübertragungen umschliesst, wird der Hauptton gelegt auf die *rechtliche Beziehung* der Vermögensstücke, auf die „ *Rechte* ". In jenen Fällen kommt das Vermögen als Schutzobjekt in Betracht, als Summe der Güter, welche das Vermögenssubjekt in seiner Verfügungsmacht besitzt, in diesen Fällen wird ausschlaggebend die Art der rechtlichen Beziehung, weil die Uebertragung an die rechtliche Form gebunden ist und nur so stattfinden kann, dass eine Rechtsbeziehung losgelöst und neubegründet wird. An dem wichtigsten Bestandteil des Vermögens zu exemplifizieren: der Besitz wird geschützt als die Begründung der tatsächlichen Nutzungsmöglichkeit, der Besitz wird übertragen, indem der Erwerber in die Rechtsstellung des früheren Besitzers eintritt.

Es war darum nicht ohne innere Berechtigung, wenn der Vermögensbegriff mit Rücksicht auf das Erbrecht als *Inbegriff der Vermögensrechte,* mit Rücksicht auf das Ausgleichungsrecht und Strafrecht als *Inbegriff wirtschaftlicher Güter* bezeichnet wurde. Aber: jene erste Bestimmung übersah, dass Gegenstände rechtlicher Herrschaftsbeziehung auch andere als die Objekte subjektiver Rechte waren, die zweite Bestimmung aber vernachlässigte das wichtige Moment, dass die wirtschaftlichen Güter nicht in ihrem ganzen Umfang für die Rechtsordnung in Betracht kommen, dass nur die rechtlich anerkannte wirtschaftliche Herrschaft als rechtliches Vermögen angesehen werden kann. Beiden aber haftete der Mangel an, dass sie eine *begriffliche Gegensätzlichkeit* annahmen, die *nicht besteht.* In allen Fällen ist das der rechtlichen Regelung unterworfene Objekt das gleiche, nur die Art der Betrachtung ist eine andere, in dem einen Falle wird der Hauptnachdruck auf die *rechtliche Form,* in dem anderen Falle auf den *wirtschaftlichen Inhalt* gelegt.

Es ist von „ dem " rechtlichen Vermögensbegriff gesprochen worden, obwohl doch in den einzelnen Erscheinungsfällen der Vermögensbegriff einen verschiedenen Umfang hat. Aber diese Tatsache zwingt nicht zu der Annahme mehrerer verschiedener

Vermögensbegriffe. (1) Denn der Inbegriff ist seiner Natur nach nicht bestimmt durch den Umfang seiner Bestandteile, sondern nur durch die Art derselben und die einheitliche Zweckbestimmung. So gut wir Identität des Vermögens annehmen trotz Wechsel, Vermehrung und Verminderung seiner Bestandteile, ebenso dürfen wir die Identität annehmen, obwohl in dem einen Falle die Summe derselben eine andere, grösser oder geringer, ist als in den anderen Fällen.

Eine Verschiedenheit des Vermögensbegriffs folgt auch nicht aus der Differenz bezüglich des Verhältnisses des Vermögens zu der Schuldenmasse. Es ist festgestellt worden, dass in manchen Fällen die Schuldenmasse unter dem Ausdruck Vermögen mitbezeichnet wird, während dies in anderen Fällen nicht der Fall ist. Aber der grundsätzliche Charakter des Verhältnisses ist überall der gleiche, nur die Art der Betrachtung macht die Differenz notwendig. Dagegen ist in Wahrheit ein besonderer verschiedener Vermögensbegriff anzunehmen, wenn es sich um das „ Reinvermögen " handelt, wofür ja auch schon die Tatsache zeugt, dass wir hier einen neuen Begriff des „ Reinvermögens " bilden.

Zum Schluss ein kurzes Wort über die *Stellung des Vermögensbegriffs im Rechtssystem*. Der Vermögensbegriff wird heute in den systematischen Darstellungen des positiven Rechts regelmässig behandelt im Allgemeinen Teil des Privatrechts, und zwar im Anschluss an die Bestimmung des Begriffs „ subjektives Recht " oder des Begriffs „ Sache " bezw. „ Rechtsobjekt ". Die Zusammenstellung des Vermögensbegriffs mit dem Begriff des subjektiven Rechts ist nicht gerechtfertigt, weil das Vermögen seiner Natur nach nicht eine rechtliche Beziehung ist, sondern zu den der rechtlichen Regelung unterworfenen Objekten gehört. Der Anschluss an den Begriff der Sache ist deshalb nicht zu empfehlen, weil das Vermögen nicht nur als Rechtsobjekt, in seltenen Fällen nur als Gegenstand eines absoluten Rechts in Betracht kommt, sondern daneben in wichtigen Erscheinungsfällen als Schutzobjekt, als „ Rechtsgut ". Die richtige Einordnung der Erörterung des Vermögensbegriffs kann

(1) Wie anscheinend Binder *Gegenstand* 24 f. meint.

m. E. nur die sein im Anschluss an die allgemeine Betrachtung des Verhältnisses von Rechtsordnung und Wirtschaftsleben. Wo diese Betrachtung heute angestellt wird, geschieht sie meist ebenfalls in dem Allgemeinen Teil des Privatrechts, allerdings an dieser Stelle bezw. wegen dieser Stelle nur unzureichend. Der richtige Ort für die Betrachtung des Verhältnisses von Rechtsordnung und Wirtschaftsleben, wie auch des Vermögensbegriffs ist vielmehr die *Allgemeine Rechtslehre*, die Erörterung der für die gesamte Rechtsordnung grundlegenden Begriffe. Es ist zuzugeben, dass diese Allgemeine Rechtslehre als Grundlegung für die gesamte Rechtswissenschaft heute noch wenig ausgebildet ist, ihre Funktion muss vielmehr regelmässig der Allgemeine Teil des Privatrechts vertreten. Darin liegt aber auch ihre Schwäche begründet, denn naturgemäss berücksichtigt die im Allgemeinen Teil des Privatrechts erfolgende Besprechung der Grundtatsachen des Rechtslebens — mehr oder weniger bewusst — in der Hauptsache nur deren Bedeutung für die Privatrechtsordnung bezw. das System der Privatrechte, während die Betrachtung der Grundlagen der Rechtsschutzordnung wenn nicht ganz ausfällt, so doch nur in ungenügendem Masse geschieht.

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Allfeld s. Meyer.

Bachem J., *Eine bemerkenswerte Wandlung in den Rechtsanschauungen.* Soziale Kultur 1905 S. 37 ff.

Bachem J., § *826 in seiner Bedeutung für das geschäftliche und gewerbliche Leben.* Soziale Kultur 1906 S. 810 ff.

Begründung zu den Entwürfen eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag, eines zugehörigen Einführungsgesetzes und eines Gesetzes betr. Aenderung der Vorschriften des Handelgesetzbuches über die Seeversicherung. Drucks. des Reichstags 12. Leg. - Per. I. Session 1907, zu N. 364.

Behme, *Der Schuldner und die drohende Zwangsvollstreckung.* Diss. Göttingen 1894.

Bekker, *System des heutigen Pandektenrechts.* I 1886.

Bernhoeft, *Zur Lehre von den Fiktionen.* In: *Aus römischem und bürgerlichem Recht.* Festgabe für E. I. Bekker. Weimar 1907.

Berolzheimer, *Das Vermögen. Juristische Festlegung einiger Wirtschaftsgrundbegriffe.* Hirths Annalen 1904.

Berolzheimer, *Die deutsche Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert* (1900—1906). Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 1907 S. 130 ff.

Beyer, *Die Surrogation bei Vermögen im bürgerlichen Gesetzbuch.* Marburg 1905.

Binder, *Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch.* 3 Bände. Leipzig 1901—1905.

Binder, *Der Gegenstand.* In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 59 (1906) S. 1—78.

Binder, *Vermögensrecht und Gegenstand.* In: Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 34 (1910) S. 209—260.

Binding, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts.* Besonderer Teil I. Leipzig 1902.

Binding, *Die Normen und ihre Übertretung.* I (2. Afl.) 1890, II 1877.

Birkmeyer, *Ueber das Vermögen im juristischen Sinne.* Erlangen 1879.

v. Blume, *Zur Lehre von den durch Drohung erzwungenen Willenserklärungen.* Jherings Jahrb. 38 (1898) S. 224 ff.

v. Boehm-Bawerk, *Rechte und Verhältnisse vom Standpunkt der volkswirtschaftlichen Güterlehre.* Innsbruck 1881.

v. Bülow, *Zur Frage des Unterschiedes zwischen strafrechtlichen und andern Rechtsnormen.* Archiv für Strafrecht 45 (1897) S. 321 f.

Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.* 4. Afl. Jena 1903.

Cosack, *Lehrbuch des Handelsrechts.* 6. Afl. Stuttgart 1906.

Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts.* Tübingen u. Leipzig. I 1900. II 1902.

Daniels, *Darstellung des Verbrechens des unlauteren Wettbewerbs unter Erörterung seiner Stellung im System des Strafrechts.* Diss. München 1900.

Dankwardt, *Nationalökonomie und Jurisprudenz.* 3 Hefte. Rostock 1857—1858.

Dankwardt, *Nationalökonomisch-zivilistische Studien.* Leipzig u. Heidelberg. I 1862. II 1869.

Degenkolb, *Der spezifische Inhalt des Schadenersatzes.* Archiv f. d. civ. Praxis 76 (1890) S. 1 ff.

Dernburg, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens.* I. Halle 1902.

Dietzel, *Theoretische Sozialökonomik.* Leipzig. I 1895.

Doerr, *Ueber das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen.* Breslau 1897.

Ehrenberg, *Versicherungsrecht.* Leipzig. I 1893.

Elster, *Wörterbuch der Volkswirtschaft.* 2 Bände. Jena 1898.

Endemann, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*. 8. Afl. Berlin. I 1903, II 1. Abt. 1905.

Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb nebst Begründung. Drucks. des Reichstags. 12. Leg. - Per. I. Session 1907-09. N. 1109.

Entwurf eines Gesetzes betr. Aenderung des Strafgesetzbuchs nebst Begründung. Drucks. des Reichstags. 12. Leg. - Per. II. Session 1909-10. N. 6.

Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit. I. Begriff der Rechtswidrigkeit*. Jena 1903.

Fischer, *Der Schaden nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*. Jena 1903.

Florschütz, *Die Schiedsmanns-Ordnung*. 12. Afl. Berlin 1898.

Frank, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*. 5.—7. Afl. Tübingen 1908.

Fuchs, *Volkswirtschaftslehre*. Leipzig. 1902.

Gareis, *Rechtsencyklopädie und Methodologie*. 3. Afl. Giessen 1905.

Gebauer, *Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände*. Breslau 1893.

Gierke, *Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich*. Berlin 1889.

Goldschmidt, *Grundlagen der Besitzlehre*. In: *Vermischte Schriften* I. Berlin 1901.

Hälschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*. II 1. Abt. Bonn 1884.

Hartmann, *Der Bereicherungsanspruch des BGB*. In: Archiv f. bürg. Recht 21 (1902).

Hecker, *Zur Lehre von der rechtlichen Natur der Versicherungsverträge*. München 1894.

Heyer, *Die Selbsthilfe*. Archiv f. bürg. Recht 19 (1901) S. 38 ff.

Hinneberg, *Die Kultur der Gegenwart*. Teil II Band 8: *Systematische Rechtswissenschaft*. Leipzig 1906.

v. Holtzendorff, *Rechtslexikon*. 3. Afl. Leipzig 1880.

ten Hompel, *Das furtum usus de lege ferenda*. Z. f. die ges. Strafrechtswissenschaft 19 (1898) S. 795 ff.

Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. Afl. Tübingen 1905.

v. Jhering, *Geist des römischen Rechts*. 4. Afl. II 2. Abt. 1883, III 1. Abt. 1888.

v. Jhering, *Der Besitz*. Jherings Jahrb. 32 (1893).

Joerges, *Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand*. Diss. Rostock 1900.

Jung, *Von der „logischen Geschlossenheit" des Rechts*. In: *Festgabe der Giessener Juristen-Fakultät für Dernburg*. Berlin 1900.

Katz, *Beitrag zur Lehre von der Erpressung*. Gerichtssaal 31 (1879).

Kipp s. Windscheid.

Kitzinger, *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht*. Gerichtssaal 55 (1898) S. 1 ff.

Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*. I, II 1. Abt. Berlin 1906.

Kohler, *Einführung in die Rechtswissenschaft*. Leipzig 1902.

Kohler, *12 Studien zum BGB. I. Das Obligationsinteresse*. Archiv f. bürg. Recht 12 (1897).

Kohler, *12 Studien zum BGB. V. Ansprüche zu Gunsten Dritter*. Archiv f. bürg. Recht 21 (1902).

Kohler, *12 Studien zum BGB. VI. Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit*. Archiv f. bürg. Recht 22 (1903).

Landsberg, *Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs*. 2 Bände. Berlin 1904.

Lauterburg, *Zur Abgrenzung der strafbaren Vermögens-Zueignung und ihrer Hauptformen*. Z. für Schweizer Strafrecht, 6. Jahrgang 1893 S. 169 ff.

Leonhard, *Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einfluss auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft*. Berlin 1900.

Lessing, *Begriff der Rechtsnachfolge nach bürgerlichem Recht*. Diss. Tübingen 1902.

Lexis, *Das Vermögen und seine Verteilung*. In: *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*. Band VII 1901.

v. Liszt, *Lehrbuch der deutschen Strafrechts*. 16. u. 17. Afl. Berlin 1908.

v. Liszt, *Die Deliktsobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuchs*. Berlin 1898.

v. Liszt, *Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht*. Berlin 1889.

Lobe, *Ueber den Einfluss des bürgerlichen Gesetzbuchs auf das Strafrecht*. Leipzig 1898.

Lueder, *Die Vermögensbeschädigung*. Leipzig 1867.

Mandry über Birkmeyer Vermögen. Archiv f. d. civ. Praxis 52 (1879) S. 361 f.

Mataja, *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*. Leipzig 1888.

Matthiass, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*. 4. Afl. Berlin. I 1900. II 1899.

Mauczka, *Der Rechtsgrund des Schadenersatzes ausserhalb bestehender Schuldverhältnisse*. Wien 1904.

v. Mayr, *Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts*. Leipzig 1903.

Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*. I, II 1. Abt. Leipzig 1867.

Merkel, *Eigentumsverletzungen*. In: *Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts*. III. Berlin 1874.

Meumann, *Prolegomena zu einem System des Vermögensrechts*. 1. Abt. Breslau 1903.

Meyer, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 6. umgearbeitete Auflage von Allfeld. Leipzig 1907.

Mugler, *Der Begriff des „ Vorteils " im deutschen Strafrecht*. Diss. Erlangen 1901.

Neumann, *Grundlagen der Volkswirtschaftslehre*. 1. Abt. Tübingen 1889.

Neumann, *Grundbegriffe der Volkswirtschaftslehre* in: *Schönberg, Handbuch der politischen Ökonomie* I. Tübingen 1882.

Neuner, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*. Kiel 1866.

Oertmann, *Das Recht der Schuldverhältnisse*. 2. Afl. Berlin 1906.

Oertmann, *Volkswirtschaftslehre des corpus iuris civilis*. Berlin 1891.

Oertmann, *Die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht.* Berlin 1901.

Oertmann, *Schwarze Listen und Sozialpolitik.* Kölnische Zeitung N. 246 v. 8. März 1909.

Oertmann über Binder Rechtsstellung des Erben. In: Archiv f. bürg. Recht 21 (1902) S. 141 f.

Oppenheim, *Die Objekte des Verbrechens.* Basel 1894.

Oswalt, *Vorträge über wirtschaftliche Grundbegriffe.* Jena 1905.

Pacic, *Ueber das Verhältnis der unerlaubten Selbsthilfe zu den Vermögensdelikten.* Diss. Erlangen 1897.

Pape, *Folgen der Verrufserklärungen.* In: Verhandlungen des XXIX. Deutschen Juristentags. 4. Band. Gutachten XXI. Berlin 1908.

Pernice über Birkmeyer Vermögen. In: Krit. Vierteljahrsschrift 22 (1879) S. 232 ff.

v. Petrazycki, *Lehre vom Einkommen.* Berlin I 1893, II 1895.

v. Philippovich, *Grundriss der politischen Oekonomie* I. 5. Afl. 1904.

Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch.* 3. Afl. Berlin 1903—1908.

Roscher-Poehlmann, *Grundlagen der Nationalökonomie.* 23. Afl. 1900.

Rotering, *Fremdes Recht.* VI. *Betrug.* VII. *Fraudulöse Vermögensbeschädigung.* Archiv für Strafrecht und Strafprozess 47 (1906) S. 416 ff., S. 427 ff.

Rotering, *Betrug, Willenserschleichung, Willensumgehung.* Gerichtssaal 60 (1901).

Rotering, *Die Sachbeschädigung.* Gerichtssaal 47 (1892).

Rotering, *Über den Gewahrsam im Sinne des § 242 StGB.* Gerichtssaal 35 (1883).

Roth, *Das Verhältnis der Erpressung zu Nötigung und Raub.* Diss. Erlangen 1899.

M. Rümelin, *Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadenersatzpflicht.* Freiburg u. Leipzig 1896.

Schlossmann, *Der Vertrag.* Leipzig 1876.

Schmidt, *Der Einfluss des bürgerlichen Gesetzbuchs auf das Strafrecht.* DJZ V S. 141 ff.

Schmoller, *Grundriss der Volkswirtschaftslehre* I. Leipzig 1900.

Schollmeyer, *Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im bürgerlichen Gesetzbuch*. Berlin 1897.

Schuppe, *Der Begriff des subjektiven Rechts*. Breslau 1887.

Seng, *Zur Frage des nichtökonomischen Schadens aus Delikten*. Archiv f. bürg. Recht 5 (1891) S. 359 ff.

v. Seuffert, *Zivilprozessrecht*. In: *Systematische Rechtswissenschaft*.

v. Seuffert über Birkmeyer Vermögen. Lit. Centralblatt 1879 S. 869 f.

Simonson, *Der Begriff des „ Vorteils " und seine Stellung im deutschen Strafrecht*. Berlin 1889.

Sjögren, *Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Tatbeständen der Schadensstiftung*. Jherings Jahrb. 35 (1896).

Sohm, *Bürgerliches Recht*. In: *Systematische Rechtswissenschaft*.

Sohm, *Der Gegenstand*. In: *Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht. Festgabe für Degenkolb*. Leipzig 1905.

Sohm, *Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung*. In: Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 25 (1906) S. 173—206.

Sohm, *Noch einmal der Gegenstand*. In: Jherings Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 53 (1908) S. 373—394.

Stammler, *Wirtschaft und Recht*. 1896.

Stammler, *Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft*. In: *Systematische Rechtswissenschaft*.

Stammler, *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren*. Berlin 1897.

Stammler, *Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch*. In: Festgabe für Fitting. Halle 1903.

Stern, *Ueber das Verhältnis zwischen Nötigung und Erpressung*. Diss. Berlin 1897.

Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre*. I. die Methode, II. das System. Leipzig 1904.

Strohal, *Der Sachbesitz nach dem BGB*. Jherings Jahrb. 38 (1898) S. 1 ff.

Systematische Rechtswissenschaft s. Hinneberg.

Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*. Weimar 1878.

Titze, *Die Notstandsrechte im deutschen bürgerlichen Gesetzbuche*. Diss. Berlin 1897.

Vermögensschädigung bei Betrug (Referat des 1. Referenten für den Plenarbeschluss der vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts vom 20. IV. 1887). Gerichtssaal 43 (1890) S. 321 ff.

Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Nebst Begründung in 2 Bänden, bearbeitet von einer hierzu bestellten Sachverständigen - Kommission. Berlin 1909.

Waag, *Was ist unter „ Absicht sich oder einem dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen " zu verstehen?* Gerichtssaal 31 (1879) S. 241 ff.

Wagner, *Beitrag zur Lehre von den Objekten des Verbrechens insbesondere zur Lehre von den Objekten der Vermögensdelikte.* Diss. Darmstadt 1897.

Windscheid-Kipp, *Pandekten.* 3 Bände. 8. Afl. 1900—1901.

Zitelmann, *Internationales Privatrecht.* Leipzig I 1897, II 1. Abt. 1898, 2. Abt. 1903.

Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft.* Leipzig 1879.

Zitelmann, *Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs.* Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

Zitelmann, *Die Kunst der Gesetzgebung.* Dresden 1904.

Zitelmann, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit.* S. - A. aus dem 93. Band des Archiv f. d. civ. Praxis. Tübingen 1906.

Zuckerkandl, *„ Gut ", „ Vermögen ", „ Wirtschaft ".* In: *Elster Wörterbuch der Volkswirtschaft.* I 983 ff., II 777, 894.

* * *

Die angeführten richterlichen Entscheidungen sind entnommen:
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zitiert E).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zitiert E).
Seufferts Archiv.
Juristische Wochenschrift.
Deutsche Juristenzeitung.
Das Recht.
Rhein. Archiv für Civil- und Strafrecht.
Goltdammers Archiv.
Daneben vereinzelt der Tagespresse.

INHALTSVERZEICHNIS.

Vorwort v
Einleitung vi

VORBEREITENDER TEIL.

I. Die privatrechtliche Doktrin.

1. Birkmeyer über den Vermögensbegriff 1
2. Kritische Bemerkungen zur Lehre Birkmeyers. . . . 6
3. Die spätere gemeinrechtliche Literatur 11
4. Die Wissenschaft des neuen Privatrechts 14
5. Der Vermögensbegriff in der Lehre vom Schadenersatz 21

II. Die strafrechtliche Doktrin. 23

HAUPTTEIL.

I. Die Aufgabe. 33

II. Der wirtschaftliche Vermögensbegriff.

1. Die Wirtschaftslehre 37
2. Die wirtschaftlichen Grundbegriffe.
   a. *Wirtschaftliches Bedürfnis und wirtschaftliches Gut* . 45
   b. *Die wirtschaftlichen Handlungen* 50
   c. *Arbeit und Leistungen* 53
   d. *Der Wert* 56
3. Das Vermögen 61

III. Rechtsordnung und Wirtschaftsleben.

1. Das Recht als Ordnung des Wirtschaftslebens . . . 67
2. Die Privatwirtschaft und die Rechtsordnung 81

IV. Der juristische Vermögensbegriff. 96

A. Der Vermögensbegriff des Privatrechts mit Ausschluss des Ausgleichungsrechts.

1. Die Erscheinungsfälle 101
2. Die Vermögensbestandteile 103
3. Insbesondere: die Schulden 124
4. Der Umfang des Vermögens 129
5. Die Einheit des Vermögens
   a. *Das Vermögen als Inbegriff* 136
   b. *Das Vermögen als Rechtsobjekt* 138
   c. *Die Surrogation* 143

B. Der Vermögensbegriff des Ausgleichungsrechts.

I. Das Recht des Schadenersatzes. . . . . .
   1. *Das Vermögen als Schutzobjekt des Schadenersatzrechts* 146
   2. *Der Vermögensschaden* 151
   3. *Der Rechtsgrund des Schadenersatzes.* 157
   4. *Die Ersatzleistung* 157
   5. *Der Vermögensbegriff des Schadenersatzrechts* . . 159
   6. *Das Recht des Privatversicherungsvertrages* . . . 174
II. Das Kondiktionenrecht 176

C. Der Vermögensbegriff des Strafrechts.

1. Das Verhältnis des strafrechtlichen zum privatrechtlichen Vermögensbegriff 181
2. Die Vermögensdelikte 184
3. Das Schutzobjekt der Vermögensdelikte 186
4. Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils 197

D. Zusammenfassung 205

Verzeichnis der benutzten Literatur. 209

BERICHTIGUNGEN

S. 20 Z. 14 *lies*: § 1922 BGB.
S. 22 letzte Z. *lies*: Aber: das Erfordernis.
S. 26 vorletzte Z. *lies*: derzeit als die.
S. 28 Z. 11 *lies*: wirtschaftlich.
S. 29 A. 2 Z. 3 *muss es heissen*: zu S. 26 dieser Arbeit.
S. 83 Z. 6 *lies*: Eigentümers.